



**VNiVERSiDAD
D SALAMANCA**

CAMPUS DE EXCELENCIA INTERNACIONAL

TRABAJO FIN DE GRADO

GRADO EN DERECHO

Departamento de Derecho público general

Área de Derecho Constitucional

Curso 2014/2015

EL DERECHO A LA ASISTENCIA SANITARIA Y SUS MODIFICACIONES TRAS LA REFORMA INTRODUCIDA POR EL DECRETO-LEY 16/2012, DE 20 DE ABRIL

Nombre del estudiante: Igor Genaro Quintero Reyes

Tutora: Prof. Dra. Marta León Alonso.

Mes: julio

Año: 2015

TRABAJO FIN DE GRADO

GRADO EN DERECHO

DEPARTAMENTO DE DERECHO PÚBLICO GENERAL

ÁREA DE DERECHO CONSTITUCIONAL

**EL DERECHO A LA ASISTENCIA
SANITARIA Y SUS MODIFICACIONES TRAS
LA REFORMA INTRODUCIDA POR EL
DECRETO-LEY 16/2012, DE 20 DE ABRIL**

**THE RIGHT TO HEALTH AND ITS
CHANGES AFTER INTRODUCED BY
DECREE-LAW 16/2012 REFORM OF 20 APRIL**

Nombre del/la estudiante: Igor Genaro Quintero Reyes
e-mail del/a estudiante: igorquintero@usal.es

Tutor/a: Prof. Dra. Marta León Alonso

RESUMEN

El objeto de este trabajo es el análisis del derecho a la protección a la salud como derecho social contenido en el art. 43 de la Constitución española, el cual a partir de la reforma establecida por el Real Decreto – Ley 16/2012, de 20 de abril, de medidas urgentes para garantizar la sostenibilidad del Sistema Nacional de Salud y mejorar la calidad y seguridad de sus prestaciones, modifica su vertiente individual que se identifica con el derecho a la asistencia sanitaria.

Estas medidas impuestas por el Gobierno español, han provocado graves limitaciones en la titularidad del derecho a la asistencia sanitaria, volviendo así a vincular su acceso a la condición de asegurado y beneficiario del sistema de Seguridad Social. Debido a esta razón, algunas Comunidades Autónomas han presentado recursos de inconstitucionalidad. Pero hay dos casos que sobresalen que son: es el del País Vasco y la Comunidad Foral de Navarra, que además de interponer el correspondiente recurso de inconstitucionalidad decidieron no aplicar la normativa estatal, lo cual provocó que el Gobierno interpusiera también el correspondiente recurso de inconstitucionalidad y la suspensión de estas normas autonómicas, donde nuestro Tribunal Constitucional sólo se ha pronunciado mediante dos Autos declarando el levantamiento de las suspensiones de estas normas.

PALABRAS CLAVE: Derecho a la salud, Derecho a la asistencia sanitaria, Derechos sociales.

ABSTRACT

The aim of this paper is the analysis of the health protection law as a social right, contained in the 43th article of the Spanish Constitution, which, with the reform established by the Royal Decree - Law 16/2012 on April 20th as part of the urgent reforms to ensure the sustainability of the National Health System and to improve the quality and security of its benefits, modifies the individual aspect that is related to the right to Health Care.

These reforms imposed by the Spanish Government, have caused notable limitations on the ownership of the right to health care, linking again the access to health care with the Status of Insured and Beneficiary of the Social Security System. Due to this reason, some regions have filed appeals of unconstitutionality. Still, there are two cases that stand out, which are Basque Country and Navarra, which not only have filed appeals of unconstitutionality but also decided not to apply national regulations, which caused that the Spanish Government also filed an appeal of unconstitutionality in order to suspend the regional normative, where our Constitutional Court only has intervened through two orders that declare that the suspensions of this normative are invalid.

KEYWORDS: Right to health, Right to health care, Social rights.

ÍNDICE DE ABREVIATURAS

CA	Comunidad Autónoma.
CCAA	Comunidades Autónomas.
CDFUE	Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea.
CDM	Código Deontológico Médico.
CE	Constitución española.
DT	Disposición Transitoria.
INSALUD	Instituto Nacional de la Salud.
LCCSNS	Ley de Cohesión y Calidad del Sistema Nacional de Salud.
LGS	Ley General de Sanidad.
LGSS	Ley General de la Seguridad Social.
LO	Ley Orgánica.
OMS	Organización Mundial de la Salud.
RD	Real Decreto.
SNS	Sistema Nacional de Salud.
SS	Seguridad Social.
STC	Sentencia del Tribunal Constitucional.
SVGII	Sistema Vasco de Garantía de Ingresos e Inclusión.
TC	Tribunal Constitucional.
TEDH	Tribunal Europeo de Derechos Humanos.
UE	Unión Europea.

ÍNDICE

1.	INTRODUCCIÓN.....	7
2.	SOBRE LA NATURALEZA JURÍDICA DEL DERECHO A LA PROTECCIÓN DE LA SALUD	8
2.1	EL DERECHO A LA PROTECCIÓN DE LA SALUD COMO UN DERECHO SOCIAL	8
A)	El estado social y democrático de derecho	8
B)	Características y problemática actual de los derechos sociales	13
2.2	EL DERECHO A LA PROTECCIÓN DE LA SALUD EN LA CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA DE 1978.....	22
3.	EL DERECHO A LA ASISTENCIA SANITARIA Y EL SISTEMA NACIONAL DE SALUD	25
3.1	LA ELECCIÓN DEL MODELO SANITARIO A PARTIR DE LAS PREVISIONES DE LA CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA DE 1978.....	25
3.2	LAS CARACTERÍSTICAS DEL SISTEMA NACIONAL DE SALUD	27
A)	El carácter universal del Sistema Nacional de Salud.....	27
B)	La descentralización del modelo sanitario.....	29
C)	El carácter integral del Sistema Nacional de Salud. Las prestaciones sanitarias	31
4.	LA REFORMA SANITARIA INTRODUCIDA POR EL DECRETO LEY 16/2012, DE 20 DE ABRIL, DE MEDIDAS URGENTES PARA GARANTIZAR LA SOSTENIBILIDAD DEL SISTEMA NACIONAL DE SALUD Y MEJORAR LA CALIDAD Y SEGURIDAD DE SUS PRESTACIONES.....	32
4.1	ASPECTOS GENERALES DEL DECRETO LEY 16/2012.....	32
4.2	LA TITULARIDAD DEL DERECHO A LA ASISTENCIA SANITARIA ANTES DE LA REFORMA DE 2012	34
4.3	LA NUEVA REGULACIÓN DEL ÁMBITO SUBJETIVO DEL DERECHO A LA ASISTENCIA SANITARIA	36
5.	LAS REACCIONES ANTE LA REFORMA SANITARIA. LA INAPLICACIÓN DEL RD LEY 16/2012 POR EL GOBIERNO VASCO Y LA COMUNIDAD FORAL DE NAVARRA Y SUS CONSECUENCIAS PARA LA TITULARIDAD DEL DERECHO A LA ASISTENCIA SANITARIA	

6.	CONCLUSIONES.....	53
7.	BIBLIOGRAFÍA.....	60

1. INTRODUCCIÓN

La Constitución española en el art. 43.1 establece que “*Se reconoce el derecho a la salud*”, derecho que se encuentra dentro de los considerados principios rectores de la política social y económica contenidos en el Capítulo III del título I.

Para desarrollar dicho derecho se formuló Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad, la cual estableció por primera vez el Sistema Nacional de Salud, que anteriormente no existía como sistema independiente sino que se relacionaba con el sistema de Seguridad Social.

Pero no fue hasta el *Pacto de Toledo* donde se consiguió una separación absoluta del Sistema Nacional de Salud del sistema de Seguridad social, ya que la financiación de ambos sistemas pasa a ser totalmente diferenciado donde el SNS se financiará mediante impuestos y otras mecanismos de financiación autonómicos, mientras que el sistema de Seguridad Social se financiará a partir de las aportaciones de los asegurados.

A causa de la crisis económica que estalló en el año 2008, el Gobierno español modificó la Ley 16/2003, de 28 de mayo, de cohesión y calidad del Sistema Nacional de Salud mediante el Real Decreto-ley 16/2012, de 20 de abril, de medidas urgentes para garantizar la sostenibilidad del Sistema Nacional de Salud y mejorar la calidad y seguridad de sus prestaciones, el cual modifica el art. 3 de la Ley 16/2003 y añade a la misma los arts. 3 bis y 3 ter, cambiando la condición de “titular” por la de “asegurado” con los correspondientes efectos que conlleva dicho cambio, tanto para nacionales como para extranjeros en situación irregular.

La doctrina se ha pronunciado respecto de estas medidas, llegando a la conclusión de que éstas vulneran derechos fundamentales como el derecho a la vida, a la integridad física y moral (art. 15 CE), el derecho a la igualdad (art. 14) y el derecho a la libertad del individuo (art. 17). Con estos mismos argumentos algunas Comunidades Autónomas principalmente la Comunidad Autónoma del País Vasco y la Comunidad Foral de Navarra interpusieron recursos de inconstitucionalidad contra el Decreto Ley 16/2012 y seguidamente decidieron inaplicar la normativa estatal a través de la promulgación de normas autonómicas basándose en que la justificación del Gobierno se sustenta en criterios económicos que comprometen la sostenibilidad del sistema, no es causa suficiente para dejar fuera del derecho al acceso a la asistencia sanitaria a determinados sectores sociales como son los nacionales y extranjeros residentes en España pero en

situación de desempleo, así como también los extranjeros en situación irregular y los españoles que no residan en España.

Por consiguiente, debemos considerar que el derecho a la protección a la salud como derecho social no puede tratarse de manera aislada ya que al estar íntimamente relacionado con derechos fundamentales su afección puede llevar aparejado la afección de estos derechos fundamentales. Por esta razón PISARELLO¹ dice que se trata de analizar cómo cada vez la garantía de los derechos sociales, en este caso el derecho a la protección a la salud, se ve condicionada a la situación económica del Estado, siendo estos los primeros en ser sacrificados para cumplir con las exigencias de los poderes financieros.

De esta manera para iniciar el análisis del objeto de nuestro trabajo debemos decir que el amplio margen de actuación que tiene el legislador en el momento de desarrollar los derechos sociales puede provocar a la vez situaciones en las que se dé un retroceso de los mismos, ya que muchas veces predominan los motivos económicos sobre el bienestar general, lo cual no debe ser así, sino que debe haber cierto equilibrio económico-social.

2. SOBRE LA NATURALEZA JURÍDICA DEL DERECHO A LA PROTECCIÓN DE LA SALUD

2.1 EL DERECHO A LA PROTECCIÓN DE LA SALUD COMO UN DERECHO SOCIAL

A) El estado social y democrático de derecho

Para definir el concepto de derechos sociales tenemos que partir del modelo de Estado social y democrático de Derecho, recogido en el art. 1.1 la Constitución de 1978 en el que se afirma que “*España se constituye en un Estado social y democrático de Derecho, que propugna como valores superiores de su ordenamiento jurídico la libertad, la justicia, la igualdad y el pluralismo político*”. En esta forma de organización la Constitución ocupa la cúspide del ordenamiento jurídico².

La estructura del modelo de Estado tiene tres vertientes o dimensiones: la social, la de derecho y la democrática.

¹ PISARELLO, G., "Los derechos sociales en tiempo de crisis. Resistencia y reconstrucción", Barcelona, Observatori DESC, 2011. En línea: http://www.observatoridesc.org/sites/default/files/gerardo_desc_y_crisis.pdf consultado el 12/07/2015, p. 2.

² COSSÍO DÍAZ, J.R., *Estado social y Derechos de prestación*, Centro de estudios Constitucionales, Madrid, 1989, p. 25.

El primero en surgir fue el Estado de Derecho a finales del siglo XVIII y principios del XIX como forma de restringir el absolutismo monárquico³. Apareciendo como una concepción particular de la dignidad de la persona, a partir de esta idea se intenta imponer la actuación estatal al Derecho, ya que hasta el siglo XIX lo que imperaba era la voluntad del monarca sobre sus súbditos. Para entender ese fenómeno jurídico tenemos que hacer referencia al fenómeno político-social del Antiguo Régimen, el cual se fundamentaba básicamente en la división de la sociedad en estamentos y que a partir de la aparición del Estado de Derecho, lo que sucede es que dicho cuerpo social se sustituye por un nuevo orden caracterizado por las relaciones entre el Estado y la Sociedad. Esto se da como consecuencia de las grandes revoluciones acontecidas durante el siglo XVIII (Revolución Americana y Revolución Francesa) las cuales provocaron el fin de las monarquías absolutas y el nacimiento de un nuevo concepto de Estado, en el cual los ciudadanos no son considerados súbditos, sino ciudadanos, y solamente están sometidos a la Ley y al Derecho. La nobleza es substituida por una burguesía que está formada principalmente por mercaderes, los cuales defienden la idea de la libertad, la igualdad y la propiedad. Por tanto, el rol de Estado se limita sólo a garantizar la igualdad ante la ley.

En consecuencia, se llega a definir el Estado como una organización racional, estructurada de manera jerárquica y dotado de valores y objetivos como pueden ser la garantía de la libertad, de la convivencia pacífica, de la seguridad y la propiedad. A todo esto tenemos que traer a colación lo dicho por GARCÍA-PELAYO en relación al asunto, diciendo que *“La legitimidad del Estado de Derecho liberal se cimienta en el reconocimiento y garantía de un sistema de derechos y libertades, en el sometimiento de los poderes públicos al imperio de la ley y en el control jurisdiccional de sus actos”*⁴. Por lo cual no solamente nos da una definición del Estado de Derecho sino que además nos expone sus valores y objetivos.

El Estado de Derecho del siglo XIX se caracteriza por los siguientes elementos⁵: 1) El imperio de la ley como manifestación de la voluntad general; 2) La división de poderes

³ Ibídem, p.27.

⁴ GARCÍA - PELAYO, M., *Las transformaciones del Estado contemporáneo*, Alianza editorial, Madrid, 2ª edición, (4º imp. 1991), p. 21 – 22.

⁵ Para una aproximación al estudio de la cláusula del Estado Social y democrático de Derecho, véanse, entre otros los siguientes trabajos: ABENDROTH, W.; FORSTHOFF, E.; DOERING K.: *El Estado Social*, (Trad. por PUENTE EGIDO) Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1986. BALAGUER CALLEJÓN, F.: “El Estado social y democrático de Derecho. Significado, alcance y vinculación de la cláusula del Estado social”, en MONEREO PÉREZ, J.L.; MOLINA NAVARRETE, C.; MORENO VIDA, M. *Comentario a la Constitución socio-económica de España*, Comares, Granada, 2002, págs. 89 a 113. CARMONA CUENCA,

como contraposición a la concentración de poderes del Estado absoluto; 3) La no arbitrariedad en la actuación de la Administración, por lo que se entiende que queda sometida a la ley y al derecho; 4) En el Estado de Derecho del siglo XIX comienzan a surgir los primeros derechos y libertades para los ciudadanos los cuales fueron recogidos y reconocidos en las Constituciones, los cuales se conocen como derechos de primera generación. Se trata de derechos civiles otorgados a los ciudadanos y que limitan la actuación del Estado.

El Estado de Derecho ha ido evolucionado a lo largo de los siglos y actualmente está matizado por la existencia del Estado Social y Democrático.

Por tanto se debe entender como Estado de Derecho como el desarrollo de ciertos preceptos o conjunto de éstos que establece la sujeción de los ciudadanos y de los poderes públicos a la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico⁶.

Seguidamente tenemos al Estado democrático que tiene como función principal participación la sociedad en la formación de la voluntad del Estado y por tanto, se identifica la voluntad del Estado con la voluntad de los ciudadanos. La voluntad ciudadana se forma a partir de la colaboración en procesos de participación democrática regulados por el Derecho.

El Estado Democrático según GARCÍA-PELAYO, produce una serie de preceptos de carácter constitucional, concretamente se trata de una serie de principios que rigen el Estado Democrático y que son: el principio de soberanía nacional y del pluralismo político; el derecho de igualdad ante la ley; igualdad de acceso a la representatividad y a los cargos públicos y el reconocimiento constitucional de la participación de los ciudadanos en la toma de decisiones a través mecanismos democráticos, es decir, mediante el sufragio universal activo y pasivo.

Finalmente, el Estado social nace con los derechos sociales, los cuales tienen su origen en la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano de la Constitución francesa a de 24 de junio de 1793, concretamente en sus arts. 21 y 22 los cuales hacen referencia al derecho a la instrucción, la asistencia social y el trabajo por lo que entendemos que fueron los precursores de lo que después conoceríamos como derechos prestacionales.

C.: *El Estado Social de Derecho en la Constitución*, CES, Madrid, 2000. GARRORENA MORALES, A.: *El Estado español como Estado social y democrático de Derecho*, Tecnos, Madrid, 1984.

⁶ GARCÍA – PELAYO, M., *Las transformaciones...* op., cit., p. 94.

Partiendo de estos primeros pasos, podemos observar que los derechos sociales aparecen de forma estructurada y donde la ciudadanos demandan ayuda material por parte del Estado, es decir, que por primera vez en la historia el Estado intervendrá, siempre de manera limitada, en el bienestar de sus ciudadanos ya que dichas atenciones vienen demandadas por el propio principio de igualdad⁷.

El Estado Social como tal surge en los años 30 y 40 del siglo XX como forma de contrarrestar la crisis social producida en dichos años. La demanda social de que el Estado intervenga mediante el establecimiento de prestaciones, tiene su causa en que en el desarrollo del capitalismo liberal no daba respuesta a las demandas en materia laboral, educativa, vivienda y seguridad social en aquellos sectores sociales que más lo necesitaban.

Desde el punto de vista constitucional, observamos que el resultado político proveniente de la revolución liberal se reducía a la quiebra del despotismo político y el reconocimiento exclusivo de una esfera jurídica particular frente al Estado. Por consiguiente en la Constitución de Weimar de 1919 nace un nuevo concepto de constitución, la cual es entendida por CASCAJO CASTRO “(...) *como juridificación de las relaciones entre los ciudadanos, con solemnes normas de principios*”. Esto significa que la constitución deja de centrarse solamente en el Estado, es decir, que deja de ser sólo fuente del derecho público, para pasar a tratar también de garantizar las libertades de sus ciudadanos frente a éste.

Por consiguiente, se entiende que con la transformación del capitalismo liberal en un capitalismo de corte individualista aparece el Estado social el cual intenta corregir las contradicciones que provenían del propio Estado liberal. Por eso y conectando con lo dicho anteriormente, la Constitución de Weimar establece un proceso de postulación de los derechos sociales.

El texto normativo de Weimar fue un auténtico laboratorio de pruebas para demostrar cómo la constitucionalización los derechos sociales, bajo un ordenamiento que no consentía una regulación unitaria y sistemática de las relaciones económicas, y al mismo tiempo se daba al Estado considerables facultades de intervención en la organización de

⁷ CASCAJO CASTRO, J.L., *La tutela constitucional de los Derechos Sociales*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1988, p. 15 – 16.

la producción de bienes y servicios, dejaba a dicha constitucionalización como meras aspiraciones⁸.

Por tanto, podemos definir al Estado Social acogiéndonos al concepto dado por COSSÍO DÍAZ: *“la previsión de una línea de conducta para el Estado por la que regule fenómenos sociales, asuma la protección de sectores de la población, conciba políticas de recaudación, gasto para alcanzar tales fines, etc...., significa superar la hasta entonces mítica división entre Estado y sociedad”*⁹.

Partiendo de esta definición entendemos que el Estado social a diferencia de lo que sucedía con el Estado liberal que surgió del presupuesto teórico de la división entre la Sociedad y el Estado. La sociedad estaba basada en un orden natural y regida por leyes indisponibles, mientras que el Estado liberal se caracteriza por estar compuesto por un orden artificial regido por las leyes humanas que debían proteger y respetar las leyes naturales. Tanto el orden social como el estatal están separados y diferenciados, además de que a partir de dicha separación da pie a la separación entre Derecho privado y Derecho público, pero lo que hay que remarcar es que en el Estado liberal se encuentra el fundamento de la legitimidad dada por parte de los individuos para formar un Estado conforme a las necesidades de la sociedad¹⁰.

Con HERMANN HELLER se da un paso más en el análisis del Estado Social ya que al tomar como referencia la Constitución de Weimar, éste consideraba que era una gran novedad la constitucionalización de una sección dedicada a la Economía, la cual contenía una serie de proposiciones carentes de obligación legal.

Por otra parte, dicho autor alertó del peligro de estigmatizar al Estado Social ya que éste consideraba que la reivindicación por parte del proletariado de una democracia social, no significaba otra cosa que la extensión del Estado material de Derecho pero a causa de la imposibilidad de asumir dicha reivindicación por parte de la Sociedad el régimen político de Weimar desembocó en la Dictadura fascista.

Como consecuencia de dicha imposibilidad a partir de 1945, el constitucionalismo que surgió después de la Segunda Guerra Mundial intentó corregir aquellos fallos del sistema liberal, surgiendo así el Estado del bienestar caracterizado por políticas de pleno

⁸ Ibídem, p. 17 – 19.

⁹ COSSÍO DÍAZ, J.R., *Estado social y ...* op., cit., p. 32.

¹⁰ MOLAS, I., *Derecho Constitucional*, Tecnos, Madrid, 1998, p. 58.

empleo, derechos sociales y política fiscal como instrumento de redistribución de la renta y la inversión pública como punto fundamental de dicho modelo de Estado.

Por lo cual, el Estado Social moderno se caracteriza por los rasgos estructurales del ordenamiento jurídico y de la constitución, los cuales obligan a los órganos estatales y a los propios ciudadanos a la transformación de la sociedad conforme a los fines de igualdad y extensión del bienestar, es decir, que el Estado Social acaba identificándose en pocas palabras con el progreso civil. Por tanto, los derechos sociales son resultado de una profunda transformación del Estado Liberal a través de su evolución histórica y política. Como pioneros en la constitucionalización de los derechos sociales cabe tener en cuenta a las constituciones del Sur de Europa, donde la revolución burguesa no supo formar conjunto de ciudadanos dotados de derechos y donde la implantación de las ideas del liberalismo, el constitucionalismo y la democracia se hicieron sin bases previas y una equívoca traducción de éste¹¹.

B) Características y problemática actual de los derechos sociales

Los derechos sociales están compuestos por una serie de elementos, los cuales denotan complejidad. A continuación, se hará una breve exposición de dichos elementos para finalizar con un análisis de su problemática. Éstos vienen recogidos en la Constitución española 1978 (CE), bajo el título “*De los Principios rectores de la política social*” del Capítulo III del título I.

Dichos principios están formados por una pluralidad heterogénea de derechos y preceptos los cuales forman una categoría unitaria y que justifican la existencia del Estado Social de Derecho¹². Por lo que en primer lugar partiremos de su caracterización constitucional.

¹¹ CASCAJO CASTRO, J.L., *La tutela constitucional...* op., cit., p. 20-25. Los derechos sociales vienen recogidos por primera vez en las siguientes constituciones: 1) La Constitución Italiana de 1947 fue la primera en incluir derechos sociales, en la cual se introdujo por la superposición liberal del Estado de Derecho en el Estado social; 2) En segundo lugar tenemos a la Constitución griega de 1975 la cual recoge el derecho de instrucción gratuita en todos sus grados (art. 16.4), el derecho al trabajo el (art. 22.1), la protección Estatal del derecho a la salud (art. 21.4), el derecho a la vivienda (art. 21.4) y el derecho al medio ambiente del art. 24.1; 3) Finalmente, tenemos la Constitución portuguesa la cual contiene un modelo de Estado Social más avanzado estableciendo que estos derechos son vienen encuadrados dentro de las bases del orden económico, social, cultural y político. La doctrina considera que estos derechos están relacionados con las condiciones de existencia de la persona, las cuales se compensan mediante la prestación de bienes y servicios que dependen de un acto de modificador por parte del Estado de las estructuras económicas, sociales y culturales.

¹² DE ESTEBAN, J. y GONZALEZ-TREVIJANO, P.J., “Derechos y principios de naturaleza económica y social – Los principios de la política social y económica” en *Curso de Derecho Constitucional II*, Servicio de Publicaciones facultad derecho UNIVERSIDAD COMPLUTENSE DE MADRID, Madrid, 1993, p.288.

1. Caracterización constitucional: naturaleza y significado

Con la aparición del Estado Social como superación del Estado Liberal del siglo XIX. Con él se consigue una democracia de carácter formal sustentada en el principio de división de poderes y la sumisión de la Administración al principio de legalidad. Hay que remarcar que con la democracia formal del siglo XIX y principios del XX era considerada necesaria, pero era insuficiente, ya que para poder vencer las desigualdades sociales y económicas que afectaban a los distintos sectores sociales, se necesitaba que la democracia fuese real y efectiva, es decir, que todos los miembros que componen la Sociedad tuvieran derecho a voto y como justificación tenemos que decir que HERMANN HELLER afirmaba lo siguiente *“Sin duda la democracia política quiere garantizar a cada uno de los miembros del Estado, mediante el nombramiento de representantes, idéntica capacidad de influir en la formación de la unidad política. Pero la disparidad social puede hacer de un summum ius una summa iniura. Sin homogeneidad social, la más radical igualdad civil se torna n la más radical desigualdad, y la democracia formal, dictadura de la clase dominante”*

La CE en su título Preliminar, concretamente en el art.1.1 considera al Estado español como un Estado social y democrático de derecho, pero hay que mencionar que en su Preámbulo se garantiza además *“la convivencia democrática dentro de la Constitución y de las leyes a un orden social y económico y social justo”* junto a esto hay que traer a colación el art. 9.2 CE el cual establece el deber de los poderes públicos de promover condiciones para la igualdad y la libertad de los individuos y de los diferentes sectores que componen la Sociedad sean reales y efectivas, removiendo toda clase de obstáculos que limiten o restrinjan la participación de todos los ciudadanos en la vida política, social, económica y cultural. Por estas razones podemos entender que los Derechos Sociales y los *Principios rectores de la política social y económica* que constitucionaliza el Capítulo III del Título I de la CE no se pueden entender, ni tampoco alcanzar sin la participación de los poderes públicos¹³.

¹³Ibídem, p.288 – 289. Además, es necesario mencionar que la constitucionalización de los Derechos Sociales partió de la influencia de Declaraciones Internacionales de Derechos como son la Constitución italiana de 1947, la Ley Fundamental de Bonn de 1949 y principalmente la Constitución portuguesa de 1976 considerada como la más progresista e innovadora, regulando dichas materias en su Capítulo III titulado de *“De los derechos sociales”* y en su Capítulo IV cuya cabecera es *“De los derechos y deberes culturales”*. También tenemos que tener en cuenta que en el ámbito internacional se han hecho referencias importantes a los Derechos Sociales como es la *Declaración Universal de Derechos del Hombre* de 1948 la cual en sus arts. 24, 25 y 27 se garantizaban el derecho al descanso, al tiempo libre, a un nivel adecuado

Respecto a la naturaleza de los principios rectores de la política social y económica se caracterizan y la vez se diferencia de los derechos y libertades individuales por las siguientes notas: a) Son de *naturaleza marcadamente socioeconómica*; b) Como rasgo diferenciador de las libertades económicas, los derechos sociales *exigen que por parte de los poderes públicos ejerzan una actividad prestacional mediante una actuación positiva y promocional*; c) A diferencia de las libertades fundamentales tenemos que poder de relieve su *carácter institucional u objetivo*, pero hay que matizar porque los derechos y libertades fundamentales han tomado una faceta notablemente económica y social; d) Los Derechos Sociales gozan de un *carácter homogéneo* ya que algunos preceptos hacen referencia a auténticos derechos y, otros en cambio, son principios, aunque se caractericen por su juridicidad.

2. Protección de los derechos sociales.

Los derechos sociales se encuentran contenidos en el Capítulo III del Título I de la CE, bajo la rúbrica de “*los principios rectores de la política social y económica*” los cuales, muestran una diferencia considerable respecto a los derechos fundamentales recogidas en los Capítulos I y II.

Estos principios no son considerados como derechos subjetivos, por tanto, no se deben entender como un interés jurídico atribuido por el ordenamiento jurídico a los ciudadanos, el cual concede a éstos un poder de disposición sobre los mismos. Esto lleva a que no podemos considerarlos como auténticos derechos, ya que, aunque sean intereses jurídicos tutelados por el Derecho, se entiende que tal situación impide a los ciudadanos poder dirigirse a los órganos judiciales para que los poderes públicos satisfagan sus exigencias¹⁴.

Esto no significa que estos principios carezcan de normatividad y eficacia jurídica sino todo lo contrario: los principios rectores de la política social son normas jurídicas. Se trata de disposiciones constitucionales que se caracterizan por tener una naturaleza

de vida, a la salud, a formar parte de la vida cultural de la comunidad; luego tenemos los arts. 9, 10 y 11 del *Pacto internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales* de 1966 el cual resguarda el derecho al acceso a la seguridad social, al seguro social, el especial cuidado de las madres, la tutela de los niños y adolescentes, alimentación, vestido y vivienda; para finalizar debemos mencionar la *Carta Social Europea* de 1961 que en sus arts. 13 y 14 contemplan el derecho a una asistencia médica y social, y el derecho a beneficiarse de determinados servicios públicos.

¹⁴ A raíz de esto, diversos sectores de la doctrina entienden estos principios de manera muy distinta, algunos autores hablan de derechos potestativos, derechos reflejos o derechos reaccionales mientras que otra parte de la doctrina los denomina normas de acción, determinaciones de fines del Estado o derechos fundamentales informadores.

programática la cual tiene la función de orientar y delimitar la actuación de los poderes públicos. Entonces, se entenderán como elementos informadores del ordenamiento jurídico, los cuales actúan de forma simultánea como mandatos y límites al legislador.

Por lo tanto, se evita que los principios rectores de la política social sean considerados como normas sin contenido, ya que si interpretamos el art. 9.1 CE es necesario tenerlos en cuenta tanto en la interpretación de las leyes, como de las normas constitucionales. De ahí que se le atribuya a los poderes públicos ese carácter jurídico de naturaleza promocional para el desarrollo de dichos principios, tal como expone el art. 9.2 CE *“Corresponde a los poderes públicos promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas; remover los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud y facilitar la participación de todos los ciudadanos en la vida política, económica, cultural y social.”*

Respecto al valor jurídico de éstos, tenemos que observar cómo se entienden estos principios rectores ante los tres poderes del Estado. Para ello, partiremos de la caracterización hecha por LÓPEZ GUERRA que clasifica dichos principios por su valor interpretativo, su eficacia restrictiva y su eficacia habilitadora.

1) Ante el poder legislativo.

Está relacionado con el contenido de la legislación positiva, el cual se considera un mandato principal al legislador para que éste desarrolle su actividad normativa conforme lo recogido en dichos principios. Pudiendo considerarse inconstitucional en el caso de que en el mandato del legislador el cual desarrollara una norma que no tuviera en cuenta los principios y derechos.

2) Ante el poder judicial.

Desde el punto de vista jurisdiccional se puede observar que hay una clara limitación, ya que según el art. 53.3 CE nos dice que *“El reconocimiento, el respeto y la protección de los principios reconocidos en el Capítulo tercero informarán la legislación positiva, la práctica judicial y la actuación de los poderes públicos. Sólo podrán ser alegados ante la Jurisdicción ordinaria de acuerdo con lo que dispongan las leyes que los desarrollen”*. Pero a partir de la STC 18/1982 se entiende que dichos principios también tienen que estar presentes en la práctica judicial, y desempeñando un notable papel como criterios hermenéuticos e interpretativos.

Por tanto, la actuación de los jueces se ejercerá mediante la función interpretativa en el momento de aplicar el derecho positivo.

3) *Ante el poder ejecutivo.*

Estos principios limitan la función de gobierno y el ejercicio de la potestad reglamentaria contenida en el art. 97 CE. Además, debemos remarcar que no solamente hay que tener en cuenta los organismos específicos del Estado central, sino que también a las Comunidades Autónomas así lo viene diciendo el Tribunal Constitucional (TC) en la STC 64/1982. En el ámbito reglamentario, éste solamente quedará restringido cuando se prevea expresamente el principio de reserva de ley como por ejemplo sucede con el reconocimiento a la investigación a la paternidad del art. 39.2 de la CE¹⁵.

En conclusión, los derechos sociales pueden entenderse como un programa constitucional de reparto de bienes el cual se basa en el equilibrio de intereses públicos, colectivos y privados. Por lo que desde el punto de vista político-económico pueden dar lugar a procedimientos jurídicos que proporcionan una garantía a los beneficiarios en la participación en el control de los intereses sociales, tal y como G. BERTI venía defendiendo que función organizativa del derecho en la sociedad, la constitución económica la entiende como una síntesis de la divergencia entre los valores constitucionales e intereses económicos, resultantes de estos fines¹⁶.

3. Problemática actual de los derechos sociales.

En cuanto a la problemática de los derechos sociales tomaremos como referencia a PISARELLO, el cual nos da unas pinceladas sobre este asunto¹⁷. En primer lugar cabe analizar es la “*no fundamentalidad*” de los derechos sociales”¹⁸.

En relación a este asunto, tenemos que partir de la no justiciabilidad de los derechos sociales la cual tiene como justificación la condición de los derechos sociales como derechos “no fundamentales” los cuales están subordinados a un desarrollo legislativo

¹⁵ Ibídem, p. 298-301.

¹⁶ CASCAJO CASTRO, J.L, *La tutela constitucional...* op., cit., p. 92 – 93. Los derechos sociales son instituciones jurídicas frágiles y sensibles a los cambios en el equilibrio político-económico del sistema en su conjunto y por consiguiente no cabe entender que su definición y tutela no deba limitarse a un individuo particular sino que en muchas ocasiones su protección viene dada en la legislación ordinaria que en orden constitucional.

¹⁷ PISARELLO, G. “*La justiciabilidad de los derechos sociales en el sistema constitucional español*”, en Gerardo Pizarrello (ed); GARCÍA MORALES, A., OLIVAS DÍAZ, A: *Los derechos sociales como derechos justiciables: potencialidades y límites*, ALBACETE: BOMARZO, 2009. p. 1 – 6. En línea http://www.ongporpalestina.org/IMG/pdf/09_PISARELLO_Gerardo_01.pdf (consultada el día 27/02/2014).

¹⁸ Ibídem, p. 2 – 4.

previo. A raíz de esta situación tenemos que diferenciar entre los derechos fundamentales (arts. 15 a 29) de la Sección II del Título I, de los principios rectores de la política social y económica del Capítulo III del mismo título los cuales consisten en derechos civiles y políticos. Los derechos fundamentales conforme al art. 53.2 CE, tiene un ámbito de protección más amplio ya que además de ser regulados por Ley Orgánica (LO), debido a su fundamentalidad y su rigidez es objeto también del recurso de inconstitucionalidad. Además gozan de mecanismos de tutela jurisdiccional reforzada que son un recurso preferente y sumario ante los tribunales ordinarios y el recurso de amparo ante el TC.

Por otra parte en la Sección II del Capítulo I nos encontramos con una serie de derechos sociales y patrimoniales recogidos en los arts. 30 a 38, como por ejemplo el derecho al trabajo (art.35) o el derecho a la propiedad privada (art. 33) los cuales gozan de un ámbito de protección similar a los derechos fundamentales, es decir, que entran dentro del ámbito de aplicación del art. 53.1 CE ya que debido a su contenido esencial es necesario un medio de protección más riguroso como es el recurso de inconstitucionalidad, pero no son objeto de protección del recurso de amparo del art. 53.2 del mismo cuerpo legal.

Por último, dentro de esta clasificación dogmática encontramos los derechos sociales del Capítulo III del Título I conocidos como “*Principios rectores de la política social y económica*” entendidos como informadores de la legislación positiva, la práctica judicial y la actuación de los poderes públicos, además de que solamente pueden ser alegados frente a los tribunales ordinarios. Tanto el TC como la gran mayoría de la doctrina diferencian los derechos sociales en dos categorías. La primera se puede considerar como los *derechos genuinamente fundamentales* y la segunda serían *los principios o mandatos dirigidos al legislador*.

Respecto a la fundamentalidad de los derechos del Capítulo III del Título I, desde el punto de vista dogmático se tendría que considerar dos elementos que son los siguientes: a) Bien, por su condición de derechos indisponibles para el legislador por lo cual dentro de ésta categoría pueden entrar todos los derechos del Capítulo II del Título I el cual contiene derechos civiles y políticos de los arts. 14 a 29 como los derechos sociales laborales y patrimoniales contenidos en los arts. 30 a 38 de la CE; b) O, por su condición de derechos objeto de máxima protección jurisdiccional lo cual incluiría los derechos fundamentales contenidos en los arts. 14 a 29 CE.

Junto a estos derechos tenemos que añadir los derechos sociales contenidos en el Capítulo III del Título I, en el cual lo que el constituyente pretende establecer una serie de derechos que se caracterizan por tener una condición diversa. En cuanto a esta cuestión el autor nos dice la doctrina se encuentra dividida ya que una parte los considera como derechos constitucionales pero no fundamentales, los cuales están dotados de una protección constitucional débil que impide que tengan una efectiva protección ante los tribunales ordinarios, y otra considera que ni siquiera pueden ser considerados como derechos sino que habría que verlos como principios que generan por sí mismos expectativas subjetivas que pueden ser exigibles ante los tribunales. Tanto una parte como la otra se puede decir que se encuentran respaldadas por lo establecido en el art. 53.3 CE.

PISARELLO concluye entendiendo que a partir de este precepto se reduciría los derechos sociales del Capítulo III a simples derechos de configuración legal, es decir, que se trata de derechos imperfectos de que operarían de forma indirecta en función de lo que hayan previsto las leyes. Por tanto, los derechos sociales a diferencia de los derechos civiles y políticos, que tienen en cuenta en su desarrollo normativo su contenido esencial, los derechos sociales son indeterminados y principalmente se caracterizan por tener una formulación abierta.

Otro de los problemas que el autor nos expone es *“la débil conexión entre los derechos sociales, libertad y dignidad de la persona”*¹⁹.

Debemos tener en cuenta que los derechos sociales a diferencia de los derechos civiles y políticos se basan en consideraciones axiológicas previas a la precisión de éstos derechos y por diversos fundamentos valorativos tanto de unos como de otros lo cual a su vez nos conduciría a mecanismos de tutela distintos como ya hemos podido observar anteriormente cuando analizamos la protección de los derechos sociales, pero dentro estas consideraciones axiológicas pueden haber diversas variantes. Por un lado, podemos encontrarnos que la distinción entre derechos fundamentales y derechos sociales pueden tener efectos meramente descriptivos, pero por otro, pueden tener consecuencias prescriptivas ya que prepondera más la protección de los primeros que de los segundos.

El TC toma una posición similar en relación a la interpretación del art. 10.1 CE respecto del principio de dignidad. El Tribunal considera que todos los derechos constitucionales tendrían una determinada conexión con el principio de dignidad,

¹⁹ Ibídem, p. 4.

solamente algunos derechos, como son los derechos políticos y civiles de carácter personalísimo, tienen una conexión directa con el principio de dignidad y por consiguiente gozan de una protección reforzada del art. 53.2 CE.

Sin embargo, hay que entender que no se está negando el valor de los derechos sociales, sino que simplemente dichos valores o derechos no son considerados como fundamentales ya que están más alejados de poder reunir esa condición.

En consecuencia PISARELLO entiende que *“los derechos sociales no sólo no serían derechos fundamentales desde un punto de vista dogmático, interno al ordenamiento, sino que tampoco lo serían desde un punto de vista axiológico o valorativo, externo al mismo”*²⁰.

El tercer problema en relación a los derechos sociales que podemos encontrarnos es *“el carácter prestacional y económicamente gravoso de los derechos sociales”*²¹.

El autor entiende que después de los argumentos de carácter axiológico es conveniente señalar otros de tipo estructural básicamente referidos a la negación de la justiciabilidad de los derechos sociales.

En cuanto a la prestación de los derechos sociales tenemos que decir que los poderes públicos se comprometen a garantizar, de forma positiva, servicios e infraestructuras que tienen una fuerte incidencia en el presupuesto Estatal. Por tanto, las obligaciones positivas o negativas por parte de los poderes públicos desembocan en la limitación a la tutela judicial. De ahí que la protección judicial de los derechos sociales sea compleja y además costosa porque los tribunales deben analizar de forma minuciosa operaciones complejas destinadas a colmar lagunas ocasionadas por normas no dictadas o por actos no realizados, lo cual provoca una carga desproporcionada para las arcas públicas.

Finalmente, PISARELLO hace referencia a *“la falta de competencia y de legitimidad política de los tribunales para tutelar derechos sociales”*²².

Se trata de cuestiones de política del derecho, por lo que desde este punto de vista se observa que hay diferentes variantes de éste mismo problema. Una de las más expuestas tiene que ver con la división de poderes y la primacía del principio democrático, lo cual tendría como consecuencia un exceso en las potestades dadas a los jueces para decidir

²⁰ Ibídem, p. 4.

²¹ Ibídem, p. 5.

²² Ibídem, p. 5 – 6.

sobre las políticas sociales. En función de este argumento el autor entiende que tanto el Poder Judicial, y de manera eventual los Tribunales Constitucionales, no están preparados técnicamente para plantearse cuestiones complejas relacionadas con la política y la economía que garanticen los derechos sociales.

A partir de esta situación observamos dos problemas que cabe mencionar. Por una parte, los jueces no están capacitados para elaborar normas carácter general ni tampoco pueden ampararse en medidas que den forma jurídica a las políticas públicas.

Por otra, PISARELLO define al Poder Judicial como un órgano “*contramayoritario*”²³, lo cual quiere decir, que es un órgano formado por funcionarios no seleccionados, ni controlados por el voto popular y, por tanto, no están legitimados para decidir sobre presupuestos ya que eso es competencia del legislador²⁴.

Para concluir este apartado cabe decir que respecto a este problema la idea de una mayor intensidad en la justiciabilidad de los derechos sociales puede traer como consecuencia que se debilite su defensa social.

Por lo tanto y como explicación a los problemas expuestos por PISARELLO es necesario traer colación a CASCAJO CASTRO el cual nos dice que “*Los esfuerzos por dar solidez jurídica a los esquemas del Estado Social han tropezado, además, con el fenómeno que algunos autores han descrito como la universalización de los servicios de protección social.*” Esto quiere decir que los derechos sociales que históricamente han surgido como derechos de ciudadanos desiguales, los cuales pretendían la igualdad de los individuos se han convertido en derechos de todos, es decir, que ya no solo se concentran en ciertos sectores sociales, sino que ahora abarca a toda la sociedad. Esto tiene como consecuencia un efecto social contraproducente en el sentido de que al haber un aumento en el gasto público, también se produce una radicalización de las demandas, es decir, que dichas demandas que antes era proporcionales pueden llegar a perder esa proporcionalidad ya que la sociedad reviste determinadas necesidades o prestaciones como derechos sociales, lo cual provoca que los poderes públicos puedan graduar,

²³ Ibídem, p. 6.

²⁴ Según el autor podemos encontrarnos con posiciones más radicales que consideran que defender la justiciabilidad de los derechos sociales, provocaría que la garantía de éstos fuese llevada por órganos que no están suficientemente legitimados, y además, comportarían la ocultación de la importancia de la participación de la sociedad en la defensa de los mismos.

dosificar y limitar dichas demandas basándose en principios de justicia y reparto de los bienes limitados²⁵.

2.2 EL DERECHO A LA PROTECCIÓN DE LA SALUD EN LA CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA DE 1978

De acuerdo con la definición acuñada por la Organización Mundial de la Salud (OMS), la salud constituye un estado de completo bienestar físico, mental y social, que no debe identificarse sólo con la ausencia de enfermedades o de dolencias. Se trata de un concepto amplio y dinámico, que permite su actualización a medida que, por un lado, avanza el estado de la ciencia y, por otro, se reinterpretan los conceptos de vida, integridad personal y dignidad humana.

El denominado genéricamente "derecho a la salud" ha sido reconocido por el Derecho internacional²⁶ y por el Derecho interno de los Estados. En el caso español, nuestra Constitución proclama expresamente el "derecho a la protección de la salud" en el art.

²⁵ CASCAJO CASTRO, J.L., *La tutela constitucional...* op., cit., p. 41 – 42.

²⁶ En el seno de la Organización de las Naciones Unidas, la Declaración Universal de los Derechos Humanos, aprobada en París por su Asamblea General el 10 de diciembre de 1948, consagra en el artículo 25 el derecho que toda persona tiene a la salud y al bienestar. Los Estados integrantes de esta organización internacional, conscientes de que el ideal de ser humano libre definido en la Carta de Naciones no puede realizarse a menos que se creen las condiciones materiales para ello, elaboran el Pacto Internacional de derechos económicos, sociales y culturales, en Nueva York, el 16 de diciembre de 1966. Entre estos derechos se reconoce el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental (artículo 12). Para asegurar la plena efectividad de este derecho, los Estados partes del Pacto deberán adoptar una serie de medidas, entre las que destaca la creación de las condiciones que aseguren a todos la asistencia médica y los servicios médicos en caso de enfermedad (artículo 12.2,d). A nivel regional, en el marco del Consejo de Europa, y con el fin de mejorar el nivel de vida y de promover el bienestar de la población, se adopta la Carta Social Europea en 1961. En su artículo 11 se establece que las Partes Contratantes se comprometen, primero, a adoptar, directamente o en cooperación con entidades públicas y privadas, medidas de carácter preventivo para eliminar las causas de una salud deficiente; segundo, a establecer servicios educacionales y de consulta para mejorar la salud y estimular el sentido de la responsabilidad individual en lo que concierne a la misma; y, tercero, a prevenir enfermedades epidémicas y endémicas. Para garantizar el ejercicio efectivo del derecho a la asistencia médica, los Estados se comprometen, ex artículo 13 de la Carta Social, a velar para que toda persona que no disponga de recursos suficientes y no esté en condiciones de conseguirlo por su propio esfuerzo o de recibirlos de otras fuentes, especialmente por vía de prestaciones de un régimen de seguridad social, pueda obtener una asistencia adecuada y los cuidados que exija su estado. El derecho a la asistencia médica se garantizará por el Estado parte en condiciones de igualdad a sus nacionales y a los ciudadanos de las restantes Partes Contratantes que se encuentren legalmente en su territorio, tal y como se establece en el Convenio Europeo de Asistencia Social y Médica, firmado en París el 11 de diciembre de 1953. Por último, debemos recordar que la Carta de los derechos fundamentales de la Unión Europea aprobada en el año 2000 —este documento, aunque no forma parte físicamente del Tratado por el que se reforman el Tratado de la Unión Europea y el Tratado constitutivo de la Comunidad Europea, aprobado en Lisboa el 18 de octubre de 2007, se le dota de carácter jurídico vinculante en el artículo 6— consagra en artículo 35 el derecho a la protección de la salud de los ciudadanos de la Unión en los siguientes términos: “Toda persona tiene derecho a acceder a la prevención sanitaria y a beneficiarse de la atención sanitaria en las condiciones establecidas por las legislaciones y prácticas nacionales. Al definirse y ejecutarse todas las políticas y acciones de la Unión se garantizará un nivel elevado de protección de la salud humana.”

43.1. Aunque la salud constituya un valor inherente a la persona, sin embargo desde un punto de vista estrictamente jurídico-constitucional, y en aplicación del artículo 53.3 CE, este derecho no forma parte de los que se consideran derechos fundamentales en sentido estricto. Por otro lado, la literalidad del texto no debe llevarnos a pensar, que en el texto de 1978 la salud se consagra sólo bajo la forma de un derecho social. Como ha señalado la doctrina²⁷, el derecho a la protección de la salud es una figura jurídica compleja en la que confluyen varias posiciones subjetivas: el "derecho a la salud", el "derecho a la protección de la salud" *stricto sensu* y el "derecho a la asistencia sanitaria".

El "derecho a la salud" asegura la libertad y la autodeterminación personal respecto a esa esfera íntima y privada que se denomina salud individual. Este derecho se configura como una posición subjetiva que otorga a cada persona un poder para exigir a los demás, ya sean poderes públicos o sujetos particulares, que observen una conducta que no altere el equilibrio biopsíquico en que consiste el estado de salud de cada uno. Es decir, impone un deber de abstención. En este sentido, el derecho a la salud se estructura como una libertad negativa *erga omnes*. Por otro lado, una interpretación sistemática de nuestra Norma Fundamental nos lleva a identificar otra vertiente de este derecho: el derecho a decidir sobre la propia salud que se manifiesta como una libertad positiva, en el sentido de otorgar a su titular la potestad de decidir qué hacer en cada momento con relación a la salud individual. Este derecho, ejercido en el ámbito de las relaciones medico-paciente, significa reconocer la libertad de elección entre las diversas opciones clínicas disponibles y, también, la libertad de negarse a la imposición de cualquier tratamiento sanitario.

El "derecho a la salud" así entendido está en conexión con otros derechos del Título I de la Constitución, como sería el caso del derecho a la integridad personal (art. 15). En este sentido CANOSA USERA considera que la integridad personal “...abarcaría el cuerpo con todos sus componentes, desde las moléculas que forman sus genes, así como las potencialidades intelectuales y sensoriales, incluidas las que tienen que ver con la capacidad de experimentar dolor físico o procedimiento lógico o moral”²⁸. En otras palabras lo que viene a decir CANOSA USERA es que el derecho a la integridad física y moral se basa en el derecho a disponer de la propia integridad personal y que ésta sea respetada por los poderes públicos, es decir, que no intervengan sin el consentimiento de su titular. La conexión entre la integridad personal y la salud también es analizada por el

²⁷ PEMÁN GAVÍN, J., *Derecho a la salud y Administración Pública*, Real Colegio de España, Bolonia, 1989 o LEÓN ALONSO, M., *La protección constitucional de la salud*, La Ley, Madrid, 2010, entre otros.

²⁸ CANOSA USERA, R., *El derecho a la integridad personal*, Lex Nova, Madrid, 2006, p – 89.

Tribunal al considerar que “...*el derecho a la salud o, mejor aún, el derecho a que no se dañe o perjudique la salud personal, queda comprendido en el derecho a la integridad personal del artículo 15 CE, si bien no todo supuesto de riesgo o daño para la salud implica una vulneración del derecho fundamental a la integridad física y moral, sino tan sólo aquel que genere un peligro grave y cierto para la misma.*” (STC 5/2002, de en su FJ 4º).

Además del derecho a la salud, nuestro ordenamiento jurídico acoge el denominado "derecho a la protección" de la salud en sentido estricto. El titular de este derecho está legitimado para exigir al Estado que, a través de acciones fácticas o normativas, lo proteja frente a intervenciones de terceros. Se trata de establecer por parte de los poderes públicos una esfera de protección en torno a la salud individual que impida que sujetos de igual nivel vulneren ese bien jurídico. El sistema jurídico español está repleto de normas administrativas, penales y laborales tendentes a proteger la salud en relaciones de reciprocidad entre sujetos jurídicos iguales. Por ejemplo, toda la normativa sobre seguridad y salud laboral, como la *Ley 31/1995*, de 8 de noviembre, *de prevención de riesgos laborales*. O la *Ley 44/2006*, de 29 de diciembre, *de mejora de la protección de los consumidores y usuarios*. O los arts. 359 a 378 del Código Penal que tipifican los delitos contra la salud pública. Así mismo, la reciente *Ley 28/2005*, de 26 de diciembre, de 26 de diciembre, *de medidas sanitarias frente al tabaquismo y reguladora de la venta, el suministro, el consumo y la publicidad de los productos del tabaco*.

Por último, la lectura conjunta de los párrafos 1º y 2º del artículo 43 CE nos permite afirmar que en este precepto se constitucionaliza un "*derecho a la asistencia sanitaria*" en el marco de una institución pública, que recibe la denominación de Sistema Nacional de Salud (SNS). En este caso, estamos ante un derecho a prestaciones. Esto es, un derecho a exigir al Estado un conjunto de servicios y cuidados medico-sanitarios, cuya existencia tiene su fundamento en la constitucionalización del Estado social y en el mandato contenido en el art. 9.2 CE. Mediante la asistencia sanitaria pública se garantiza que el individuo pueda desarrollarse libre y dignamente dentro de una comunidad social. Al análisis de este derecho dedicaremos las siguientes páginas.

3. EL DERECHO A LA ASISTENCIA SANITARIA Y EL SISTEMA NACIONAL DE SALUD

3.1 LA ELECCIÓN DEL MODELO SANITARIO A PARTIR DE LAS PREVISIONES DE LA CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA DE 1978

Para entender la configuración actual del derecho a la asistencia sanitaria hay que tomar como punto de partida los arts. 41 y 43.1 de la CE, donde se contemplan, respectivamente, la exigencia constitucional de establecer un sistema de Seguridad Social, el derecho a la protección de la salud y la obligación de los poderes públicos de organizar y tutelar la salud pública a través de medidas preventivas y de las prestaciones y servicios necesarios. De la lectura de estos preceptos se deduce que la Constitución no fija un determinado modelo sanitario ni establece cuál es la relación entre Seguridad Social y asistencia sanitaria. Ha correspondido al legislador ordinario decidir si la asistencia sanitaria iba a incluirse en un concepto amplio y moderno de salud pública o, por el contrario, se iba a mantener en el tradicional ámbito de la Seguridad Social²⁹.

Partiendo de esta premisa, MUÑOZ MACHADO indica que aunque el art. 43.2 CE establezca que *los poderes públicos tienen la obligación de organizar y tutelar la salud pública*, la Constitución no establece en ningún momento la extensión de servicios sanitarios, ni tampoco impone que la asistencia sanitaria de carácter individual sea una prestación de carácter gratuito dentro del sistema sanitario. Esto se debe a que la CE permite al Estado elegir entre varias posibilidades. Por tanto, es decisión de éste optar por uno u otro modelo, es decir, optar por un sistema integrado en el cual la gestión de los servicios sanitarios recaiga básicamente en las CCAA o seguir con el sistema preconstitucional, caracterizado por la intervención de las Administraciones Públicas en la gestión de los servicios sanitarios. Por lo que el autor entiende que establecer un sistema integrado implica ampliar el concepto básico y suprimir la dispersión de servicios y funciones optando por su unificación. Finalmente hay que plantearse, si la elección de un modelo u otro, depende de seguir manteniendo la asistencia sanitaria dentro del sistema de Seguridad Social o de la inclusión en un sistema organizativo independiente. Dicha decisión solamente corresponderá al Estado³⁰.

²⁹ Sobre estas cuestiones véase LEÓN ALONSO, M., *La protección constitucional de la salud*, op. cit., págs. 310 y ss.

³⁰ MUÑOZ MACHADO, S., en *Derecho Público de las Comunidades Autónomas*, Civitas, Madrid, 1982, tomo I, p. 572 – 573.

La formación del actual SNS se inicia con la creación del Ministerio de Sanidad y Consumo en el año 1981³¹, al cual se adscribe el Instituto Nacional de la Salud (INSALUD)³². Pero sin lugar a dudas el hecho más relevante para la sanidad española ha sido la aprobación de la Ley General de Sanidad, de 25 de abril de 1986 (LGS), que desarrolla los arts. 43 y 149.1.16ª de la CE³³, y cuyo objeto es la regulación de todas aquellas acciones que permitan la efectividad del derecho a la protección de la salud del art. 43 CE. En esta norma, que se dicta al amparo de las competencias exclusivas del Estado para establecer las bases en materia de sanidad³⁴, se define el modelo sanitario como se desprende de su exposición de motivos³⁵.

El proceso de integración del SNS ha tenido diversas dificultades, principalmente las que tienen que ver con la vinculación de su financiación a la Tesorería General de la Seguridad Social y el retraso en las modificaciones de los Estatutos de autonomía del art. 143 CE para asumir competencias en esta materia.

Para poder entender la separación entre el SNS y el Sistema de Seguridad Social, hay que hacer referencia al conocido como *Pacto de Toledo* que fue aprobado por el Congreso de los Diputados en 1995. Se trata de un informe que contiene una serie de reflexiones en relación a los problemas estructurales que padece el sistema de Seguridad Social, y una serie de propuestas de reforma, incluida la separación de las fuentes de financiación. A partir del *Pacto de Toledo* se van a producir una serie de modificaciones normativas³⁶ que

³¹ Su funcionamiento y organización se regulan por el RD 1041/2009, de 29 de junio., por el que se desarrolla su estructura orgánica.

³² La adscripción del INSALUD al Ministerio de Sanidad y Consumo se produce en 1981, separándose del Ministerio de Trabajo y SS a través del RD 2823/1981, de 27 de noviembre, modificado por el RD 1943/1986, de 19 de septiembre de, y derogado por el RD 957/1986, de 21 de junio.

³³ Siguiendo la línea jurisprudencial del TC respecto a conferir a los órganos generales del Estado facultades para establecer las bases en determinadas materias, tal y como lo establece el art. 149.1.16ª de la CE, la STC 32/1983, de 28 de abril, FJ 2º nos viene diciendo que “(...) es que las bases tengan una regulación normativa uniforme y de vigencia en toda la nación, porque con ellas se proporciona al sistema normativo, en este caso el de la sanidad nacional, un denominador común, a partir del cual cada Comunidad podrá desarrollar sus propias competencias”.

³⁴ “Es básica la generalización de este modelo organizativo, y el Estado goza, para implantarlo, de las facultades que le concede el artículo 149.1.16ª de la Constitución. La integración efectiva de los servicios sanitarios es básica, no sólo porque sea un principio de reforma en cuya aplicación está en juego la efectividad del derecho a la salud que la Constitución reconoce a los ciudadanos, sino también porque es deseable asegurar una igualación de las condiciones de vida, imponer la coordinación de las actuaciones públicas, mantener el funcionamiento de los servicios públicos sobre mínimos uniformes y, en fin, lograr una efectiva planificación sanitaria que mejore tanto los servicios como sus prestaciones”. Ibídem, op., cit., p. 108 – 110. De esta manera el autor entiende que el modelo sanitario debe determinar el contenido del básico del derecho a la asistencia sanitaria, y que éste ser igual en todo el territorio español y por último al Estado es quien deberá definir los aspectos básicos para su ejercicio.

³⁵ MUÑOZ MACHADO, S., *La formación y la Crisis de los servicios sanitarios públicos*, Alianza Editorial, Madrid, 1995, p. 106 y ss.

³⁶ El art. 1 de la Ley 24/1997 modifica el art. 86.2.b) de la LGSS, establece que tienen naturaleza no contributiva las prestaciones y servicios de asistencia sanitaria incluida la acción protectora de la SS, que

van a afectar, entre otras materias, al modelo de financiación de todas las prestaciones de naturaleza no contributiva y de carácter universal que a partir de ese momento pasarán a financiarse exclusivamente mediante aportaciones del Estado.

De esta manera la asistencia sanitaria individual pasó a ser el elemento básico del SNS, el cual se define como un sistema integral formado por los Servicios de Salud del Estado y de las CCAA, que unifican las funciones y prestaciones sanitarias para garantizar el derecho a la protección a la salud del art. 43 CE.

Tal y como se colige de los artículos 44, 45 y 46 de la Ley General de Sanidad, de 25 de abril de 1986, el SNS se perfila como una institución pública universal, descentralizada e integral, en cuyo marco se desarrollan todas las funciones y prestaciones que demanda el cumplimiento efectivo del derecho a la asistencia sanitaria. En el apartado siguiente analizaremos, brevemente cada una de estas características.

3.2 LAS CARACTERÍSTICAS DEL SISTEMA NACIONAL DE SALUD

A) El carácter universal del Sistema Nacional de Salud

El principio de universalidad que ha caracterizado el SNS desde su aparición hasta la reforma de 2012, consiste en garantizar el acceso a cualquier persona en condiciones de igualdad a las prestaciones sanitarias. Este principio aparece de manera implícita en el art. 43.1 de la CE, el cual recoge el derecho a la protección de la salud sin ningún límite subjetivo. El apartado segundo nos dice que *“Compete a los poderes públicos organizar y tutelar la salud pública a través de medidas preventivas y de las prestaciones y servicios necesarios. La ley establecerá los derechos y deberes de todos al respecto.”* Con este precepto se hace una remisión a Ley que desarrollará los derechos y deberes de los titulares.

Hay que añadir que la CE presta especial atención a determinados sectores que por ser considerados como colectivos más vulnerables necesitan una protección específica. Esto sucede con los trabajadores (art. 40.2 CE), consumidores y usuarios (art. 5.1), madres

se hace mediante aportaciones del Estado al Presupuesto de la SS; En la Ley 49/1998, de 30 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado (PGE), en su exposición de motivos marcaba novedades importantes respecto a la asunción por el Estado de la totalidad de la asistencia sanitaria a través del presupuesto del INSALUD.

La Ley 21/2001 establece dos modificaciones: En primer lugar, se hace respecto del art. 79.1.e) LGS, que hace alusión a que los tributos estatales cedidos a las CCAA componen una nueva fuente de financiación de la asistencia sanitaria. En segundo lugar, se trata de un cambio en la redacción del art. 82 del mismo texto legal estableciendo que la financiación de los servicios de *asistencia sanitaria de la SS* que se transfieren a las CCAA ya no se hará a través de los PGE o la SS, sino a través de sistema que éstas tengan vigente.

e hijos (art. 39.2 CE), los disminuidos físicos, psíquicos y sensoriales (art. 49 CE) y la tercera edad (art. 50 CE)³⁷.

PEMÁN GAVÍN explica que el derecho a la protección a la salud se puede considerar como una de las concepciones más importantes derivadas de la idea del Estado social, en el que la igualdad es uno de los valores preponderantes, tal y como se establece el art. 1.1 de nuestra Constitución³⁸.

La LGS como ley que desarrolla el art. 43 CE, aboga por un modelo de salud pública destinado a extender su ámbito de aplicación de forma progresiva a toda la población. De ahí que surja el objetivo de la universalización de la asistencia sanitaria que aparece recogido a lo largo de toda la ley. El art. 1.2 de la LGS aborda la cuestión de la titularidad en los siguientes términos: “2. *Son titulares del derecho a la protección de la salud y a la atención sanitaria todos los españoles y los ciudadanos extranjeros que tengan establecida su residencia en el territorio nacional.* 3. *Los extranjeros no residentes en España, así como los españoles fuera del territorio nacional, tendrán garantizado tal derecho en la forma que las leyes y convenios internacionales establezcan*”. Pero no hay que olvidar que el art. 3.2 de la LGS establece una previsión de cara a futuro a establecer que “*La asistencia sanitaria pública se extenderá a toda la población española. El acceso y las prestaciones sanitarias se realizarán en condiciones de igualdad efectiva*”, siendo después matizada por la Disposición Transitoria 5ª (DT) en la que se aclara que la extensión de estas prestaciones se hará de manera gradual.

Finalmente el art. 46 de la LGS establece que nuestro SNS debe extenderse a toda la población. Por tanto, es en este precepto donde se fija claramente el objetivo de la universalidad³⁹. El SNS debe definirse como un mecanismo de cobertura social en contraposición con el riesgo que corren los ciudadanos en relación con su salud. Por lo

³⁷ LEÓN ALONSO, M, *La protección...*, op., cit., p. 333 – 334.

³⁸ *Vid.* PEMÁN GAVÍN, J, “La configuración de las prestaciones sanitarias públicas: cuestiones abiertas y retos pendientes”, *Derecho y Salud*, vol.9, núm. 2, 2001, p. 105 y 106. El autor además nos da a entender que en ciertos colectivos sociales el derecho a la prestación sanitaria ya que vienen dados por imposición legal, es decir, que emanan de disposiciones legales que específicamente recogen la asistencia sanitaria a determinadas personas que se encuentren en esos colectivos como pueden ser los minusválidos, los menos, los extranjeros o los internos de centros penitenciarios. Por lo cual queda claro la relación entre el principio de igualdad como uno de los principios rectores del ordenamiento jurídico y el principio de universalidad de nuestro Sistema Nacional de Salud.

³⁹ *Vid.* HERÁNDEZ, BERJANO, M, “La protección de la salud como tarea fundamental del Estado”, *La orden sanitaria en España*, Aranzadi, Navarra, p. 105 – 108. Tenemos que decir que en relación con el art. 3.2 de la LGS tiene un error en su redacción induciendo la confusión entre asistencia sanitaria pública y asistencia sanitaria gratuita. La asistencia sanitaria pública es una actividad prestada por la Administración dirigida a satisfacer las necesidades médicas y sanitarias a los administrados, pero cabe decir que la asistencia sanitaria sea necesariamente gratuita.

cual cabe entender que el principio de universalidad dependerá de cómo se regulen las prestaciones sanitarias ya que su extensión a toda la población es un asunto complejo y de difícil tratamiento⁴⁰.

B) La descentralización del modelo sanitario

El carácter descentralizado del SNS trae causa del reparto de competencias entre el Estado y las CCAA, que viene regulado en el Título VIII CE. Concretamente los arts. 149.1.16ª CE y 148.1. 21ª CE reconocen, respectivamente, la competencia exclusiva del Estado en “*Sanidad exterior. Bases y coordinación general de la sanidad. Legislación sobre productos farmacéuticos*” y la competencia de las CCAA en “*Sanidad e higiene*”.

A raíz del reparto competencial contenido en estos artículos, las CCAA comienzan a tomar protagonismo. Pero hasta que éstas han asumido las funciones en materia sanitaria, se ha recorrido un largo proceso en el que la doctrina⁴¹ y la jurisprudencia del Tribunal Constitucional han tenido que intervenir para tratar de aclarar el complicado reparto de competencias entre el Estado y los entes autonómicos. En concreto el Tribunal Constitucional, en una dilatada jurisprudencia, se ha visto obligado a precisar el alcance del art.149.1.16 CE y aclarar el contenido de las competencias en materia sanitaria, prestando especial atención al concepto de “bases”⁴². Con relación a esta última competencia, parece estar fuera de toda discusión que al Estado le corresponde instaurar

⁴⁰ Vid. LEÓN ALONSO, M, *La protección...* op., cit., p. 335 – 337. Ante esta cuestión debemos observar a demás el *Acuerdo de consolidación y modernización del Sistema Nacional de Salud de 18 de diciembre de 1997*, el cual califica nuestro sistema sanitario como “*un importante elemento de justicia redistributiva y de cohesión social que se ha de consolidar atendiendo a los principios básicos de universalidad, equidad, solidaridad y aseguramiento público y único*”. Para ello en dicho acuerdo se es necesario establecer una serie de medidas como «*fijar los contenidos y el carácter del derecho a la asistencia sanitaria como Derecho público subjetivo, personal y no contributivo, y garantizar tanto la igualdad del contenido del derecho de cada uno de los ciudadanos, sin que existan discriminaciones por razones personales, profesionales o territoriales, como el acceso equitativo a sus contenidos materiales*».

⁴¹ Vid. por todos MUÑOZ MACHADO, S.: *La formación y la crisis de los servicios sanitarios públicos*, Alianza Editorial, 1995.

⁴² El Alto Tribunal se pronuncia respecto a esta cuestión en varias sentencias, entre las cuales cabría destacar la STC 32/1981, de 28 de julio, en cuyo FJ 6º dice lo siguiente: “*Ante esta divergencia de opiniones hay que comenzar por señalar que el ejercicio de la competencia estatal para el establecimiento de las bases o de la legislación básica a que en distintos párrafos de su apartado primero se refiere el art. 149 no requiere, en modo alguno, la promulgación de leyes de bases o de leyes marco y que, en cuanto parece suponer la necesidad de normas así configuradas desde el punto de vista de la forma, la argumentación de la representación del Gobierno debe ser rechazada. La noción de bases o de normas básicas ha de ser entendida como noción material y, en consecuencia, esos principios o criterios básicos, estén o no formulados como tales, son los que racionalmente se deducen de la legislación vigente*”. Así mismo debemos entender que más adelante el art. 2.1 de la LGS establece el carácter básico de norma diciendo que “*Esta Ley tendrá la condición de norma básica en el sentido previsto en el artículo 149.1.16 de la Constitución y será de aplicación a todo el territorio del Estado, excepto los artículos 31, apartado 1, letras b) y c), y 57 a 69, que constituirán derecho supletorio en aquellas Comunidades Autónomas que hayan dictado normas aplicables a la materia que en dichos preceptos se regula*.”

las bases de la sanidad y a las CCAA el desarrollo y ejecución de la legislación estatal, conforme a lo recogido en sus Estatutos de Autonomía.

La LGS, a partir de la jurisprudencia dictada por el TC, establece en su preámbulo un modelo compartido de competencias entre las CCAA y la Administración estatal y define al Sistema Nacional de Salud como un conjunto de servicios sanitarios coordinados. En el art. 49 LGS se insiste en el carácter descentralizado del SNS al fijar que “*Las Comunidades Autónomas deberán organizar sus Servicios de Salud de acuerdo con los principios básicos de la presente Ley.*”

En base a este reparto competencial, se ha producido de manera paulatina la transferencia de servicios y funciones del Estado a los servicios sanitarios de las CCAA⁴³, con la consiguiente desaparición del INSALUD en el año 2002. Así mismo, los parlamentos autonómicos han aprobado una abundante normativa destinada a hacer efectivos el derecho a la asistencia sanitaria y los derechos del paciente⁴⁴.

⁴³ La última fase del proceso de descentralización se produjo con transferencias de competencias en materia sanitaria mediante el Real Decreto 1475/2001, de 27 de diciembre, sobre traspaso a la Comunidad Autónoma de Aragón de las funciones y servicios del Instituto Nacional de la Salud (BOE, núm. 311, de 28 de diciembre de 2001); Real Decreto 1472/2001, de 27 de diciembre, sobre traspaso a la Comunidad Autónoma de Asturias de las funciones y servicios del Instituto Nacional de la Salud (BOE, núm. 311, de 28 de diciembre de 2001); Real Decreto 1478/2001, de 27 de diciembre, sobre traspaso a la Comunidad Autónoma de las Islas Baleares de las funciones y servicios del Instituto Nacional de la Salud (BOE, núm. 311, de 28 de diciembre de 2001); Real Decreto 1471/2001, de 27 de diciembre, sobre traspaso a la Comunidad Autónoma de Cantabria de las funciones y servicios del Instituto Nacional de la Salud (BOE, núm. 311, de 28 de diciembre de 2001); Real Decreto 1480/2001, de 27 de diciembre sobre traspaso a la Comunidad Autónoma de Castilla y León de las funciones y servicios del Instituto Nacional de la Salud (BOE, núm. 311, de 28 de diciembre de 2001); Real Decreto 1476/2001, de 27 de diciembre, sobre traspaso a la Comunidad de Castilla-La Mancha de las funciones y servicios del Instituto Nacional de la Salud (BOE, núm. 311, de 28 de diciembre de 2001); Real Decreto 1477/2001, de 27 de diciembre, sobre traspaso a la Comunidad Autónoma de Extremadura de las funciones y servicios del Instituto Nacional de la Salud (BOE, núm. 311, de 28 de diciembre de 2001); Real Decreto 1473/2001, de 27 de diciembre, sobre traspaso a la Comunidad de La Rioja de las funciones y servicios del Instituto Nacional de la Salud (BOE, núm. 311, de 28 de diciembre de 2001); Real Decreto 1479/2001, de 27 de diciembre, sobre traspaso a la Comunidad Autónoma de Madrid de las funciones y servicios del Instituto Nacional de la Salud (BOE, núm. 311, de 28 de diciembre de 2001); Real Decreto 1474/2001, de 27 de diciembre, sobre traspaso a la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia de las funciones y servicios del Instituto Nacional de la Salud (BOE, núm. 311, de 28 de diciembre de 2001).

⁴⁴ Esto sucede por ejemplo en Cataluña: Ley 15/1990, de 9 de julio, de Ordenación Sanitaria de Cataluña; Ley 21/2000, de 29 de diciembre, sobre los derechos de información concernientes a la salud y a la autonomía del paciente y la documentación clínica; la Ley 7/2003, de 25 de abril, de protección de la salud, y la Ley 8/2008, de 20 de julio, de derecho a la salud de niños y adolescentes; en Navarra: Ley Foral 10/1990, de 23 de noviembre, de Salud, y Ley Foral 11/2002, de 6 de mayo, sobre los derechos del paciente a las voluntades anticipadas, a la información y a la documentación clínica; en el País Vasco: Ley 8/1997, de 26 de junio, de Ordenación sanitaria de Euskadi, y Ley 7/2002, de 12 de diciembre, de las voluntades anticipadas en el ámbito de la sanidad; en Andalucía: Ley 2/1998, de 15 de junio, de Salud de Andalucía; en Galicia: Ley 3/2001, de 28 de mayo, reguladora del consentimiento informado y de la historia clínica de los pacientes, y Ley 8/2008, de 10 de julio, de Salud; en la Comunidad Valenciana: Ley 3/2003, de 6 de febrero, de ordenación sanitaria de la Comunidad Valenciana, y Ley 1/2003, de 28 de enero, de derechos e información al paciente de la Comunidad Valenciana.

Una vez que se ha superado la conflictividad inicial en el reparto de competencias entre el Estado y las CCAA en materia de sanidad, en la actualidad el debate se centra en cómo hacer compatibles el principio de autonomía y el principio de igualdad de trato, para garantizar un estatuto básico del derecho a la protección de la salud en todo el territorio español⁴⁵.

C) El carácter integral del Sistema Nacional de Salud. Las prestaciones sanitarias

El carácter integral del SNS viene definido en el art. 45 de la LGS: *“El Sistema Nacional de Salud integra todas las funciones y prestaciones sanitarias que, de acuerdo con lo previsto en la presente Ley, son responsabilidad de los poderes públicos para el debido cumplimiento del derecho a la protección de la salud.”* Dichos servicios se enumeran genéricamente en el art. 18 de la LGS⁴⁶ donde además de la asistencia sanitaria

⁴⁵ *Ibídem.*, p. 34

⁴⁶ Artículo 18: *“Las Administraciones Públicas, a través de sus Servicios de Salud y de los Órganos competentes en cada caso, desarrollarán las siguientes actuaciones: 1. Adopción sistemática de acciones para la educación sanitaria como elemento primordial para la mejora de la salud individual y comunitaria, comprendiendo la educación diferenciada sobre los riesgos, características y necesidades de mujeres y hombres, y la formación contra la discriminación de las mujeres; 2. La atención primaria integral de la salud, incluyendo, además de las acciones curativas y rehabilitadoras, las que tiendan a la promoción de la salud y a la prevención de la enfermedad del individuo y de la comunidad; 3. La asistencia sanitaria especializada, que incluye la asistencia domiciliaria, la hospitalización y la rehabilitación; 4. La prestación de los productos terapéuticos precisos, atendiendo a las necesidades diferenciadas de mujeres y hombres; 5. Los programas de atención a grupos de población de mayor riesgo y programas específicos de protección frente a factores de riesgo, así como los programas de prevención de las deficiencias, tanto congénitas como adquiridas; 6. La promoción y la mejora de los sistemas de saneamiento, abastecimiento de aguas, eliminación y tratamiento de residuos líquidos y sólidos; la promoción y mejora de los sistemas de saneamiento y control del aire, con especial atención a la contaminación atmosférica; la vigilancia sanitaria y adecuación a la salud del medio ambiente en todos los ámbitos de la vida, incluyendo la vivienda; 7. Los programas de orientación en el campo de la planificación familiar y la prestación de los servicios correspondientes; 8. La promoción y mejora de la salud mental; 9. La protección, promoción y mejora de la salud laboral, con especial atención al acoso sexual y al acoso por razón de sexo; 10. El control sanitario y la prevención de los riesgos para la salud derivados de los productos alimentarios, incluyendo la mejora de sus cualidades nutritivas; 11. El control sanitario de los productos farmacéuticos, otros productos y elementos de utilización terapéutica, diagnóstica y auxiliar y de aquellos otros que, afectando al organismo humano, puedan suponer un riesgo para la salud de las personas; 12. Promoción y mejora de las actividades de Veterinaria de Salud Pública, sobre todo en las áreas de la higiene alimentaria, en mataderos e industrias de su competencia, y en la armonización funcional que exige la prevención y lucha contra la zoonosis; 13. La difusión de la información epidemiológica general y específica para fomentar el conocimiento detallado de los problemas de salud; 14. La mejora y adecuación de las necesidades de formación del personal al servicio de la organización sanitaria, incluyendo actuaciones formativas dirigidas a garantizar su capacidad para detectar, prevenir y tratar la violencia de género; 15. El fomento de la investigación científica en el campo específico de los problemas de salud, atendiendo a las diferencias entre mujeres y hombres; 16. El control y mejora de la calidad de la asistencia sanitaria en todos sus niveles; 17. El tratamiento de los datos contenidos en registros, encuestas, estadísticas u otros sistemas de información médica para permitir el análisis de género, incluyendo, siempre que sea posible, su desagregación por sexo; 18. La promoción, extensión y mejora de los sistemas de detección precoz de discapacidades y de los servicios destinados a prevenir y reducir al máximo la aparición de nuevas discapacidades o la intensificación de las preexistentes.”*

individual, ser recogen otra serie de prestaciones como por ejemplo la educación sanitaria para mejorar la salud individual y comunitaria o el control sanitario y prevención de riesgos para la salud derivados de productos alimentarios, incluyendo dentro del mismo la mejora de sus características. Para esta investigación sólo nos centraremos en la asistencia sanitaria individual.

Para el desarrollo de las funciones previstas en la LGS, en 1995 se aprobó el Real Decreto 63/1995, de 20 de enero, sobre ordenación de prestaciones sanitarias del Sistema Nacional de Salud, en la actualidad derogado. Lo que se pretendía con esta norma, según PEMÁN GAVÍN, era la concreción de estos principios generales y abstractos contenidos tanto en la CE y desarrollados en la LGS mediante la precisión de los servicios y prestaciones sanitarias mínimas en relación a su calidad, tiempo y diligencia ⁴⁷.

El R.D 62/1995 fue sustituido por el R.D 1030/2006, de 15 de septiembre, por el que se establece la cartera de servicios comunes del Sistema Nacional de Salud y el procedimiento para su actualización. La norma contiene la llamada cartera de servicios comunes del SNS, que permite la efectividad de las prestaciones mediante el acopio de técnicas, procedimientos o métodos tecnológicos que ofrece la salud pública en cada momento. Con la cartera de servicios se trata de garantizar la protección de la salud, la equidad y la accesibilidad a una atención sanitaria adecuada a todos los ciudadanos con independencia de su lugar de residencia.

4. LA REFORMA SANITARIA INTRODUCIDA POR EL DECRETO LEY 16/2012, DE 20 DE ABRIL, DE MEDIDAS URGENTES PARA GARANTIZAR LA SOSTENIBILIDAD DEL SISTEMA NACIONAL DE SALUD Y MEJORAR LA CALIDAD Y SEGURIDAD DE SUS PRESTACIONES

4.1 ASPECTOS GENERALES DEL DECRETO LEY 16/2012

Después de haber analizado en el apartado anterior las características de nuestro SNS, procedemos a avanzar en nuestro estudio centrándonos a partir de ahora en las consecuencias que ha tenido para la titularidad del derecho a la asistencia sanitaria la reforma acometida en el año 2012 con el Real Decreto Ley 16/2012, de 20 de abril, de

⁴⁷ PEMÁN GAVÍN, J, “La configuración de las prestaciones ...”, op., cit., p. 99 – 105

medidas urgentes para garantizar la sostenibilidad del Sistema Nacional de Salud y mejorar la calidad y seguridad de sus prestaciones.

A causa de la grave crisis económica, el Gobierno español decidió efectuar un cambio radical en la sanidad española con una reforma drástica del acceso a las prestaciones sanitarias y del derecho a la sanidad universal. El legislador se justifica alegando que el Sistema Nacional de Salud viene sufriendo descoordinación entre los servicios sanitarios autonómicos, lo cual se traduce en situaciones de desigualdad debido a la aparición de diferencias prestacionales de los servicios a los que acceden los pacientes en las distintas CCAA. La razón principal de esta reforma es la difícil situación económica del SNS, que según la exposición de motivos del Decreto Ley 16/2012 es consecuencia de una serie de razones como la falta de ausencia de normas comunes sobre el aseguramiento en todo el territorio español, el crecimiento desigual de las prestaciones contenidas en el catálogo, la falta de adecuación de éstas a la realidad socioeconómica y la falta de rigor en la eficiencia del sistema⁴⁸.

Por otro lado, también el Gobierno justifica la adopción de dichas medidas en que se ha perdido eficiencia en la gestión de los recursos debido a la alta morosidad y un insostenible déficit en las cuentas públicas. Teniendo como consecuencia la necesaria la adopción de medidas urgentes para garantizar las prestaciones en el futuro y evitar así que el problema persista.

⁴⁸ Desde hace mucho tiempo, la doctrina viene criticando el uso desmedido o abusivo de la figura del Decreto-Ley debido a su gran agresividad en cuanto a su aplicación, pero parece ser que para el legislador es la manera más rápida y fácil de adoptar decisiones (muchas de ellas de escasa urgencia), que utilizar el procedimiento convencional. La figura del Decreto - Ley, recordemos a este respecto que el art. 86 de la CE limita su uso a razones de extraordinaria y urgente necesidad. Respecto a esta cuestión el TC ha señalado que este “concepto no es una cláusula o expresión vacía de significado dentro de la cual el lógico margen de apreciación política del Gobierno se mueva libremente sin restricción alguna, sino, por el contrario, la constatación de un límite jurídico a la actuación mediante decretos-leyes: su inobservancia constituye una infracción que sólo puede rearse con una declaración de inconstitucionalidad: no se corrige defectos por su convalidación mediante ley.” (STC 29/1982, FJ 3º). Así también lo viene exponiendo BELTRÁN AGUIRRE, J., en “Real Decreto-Ley 16/2012, de 20 de abril, de medidas urgentes para garantizar la sostenibilidad del Sistema Nacional de Salud. Análisis crítico en relación con los derechos ciudadanos y las competencias autonómicas”, en *Aranzadi Doctrinal*, núm. 3, 2012, p. 193, diciendo que el Real Decreto – Ley no puede afectar a los derechos fundamentales del Título I de la CE, es decir, aunque el derecho a la protección a la salud no sea un derecho fundamental en sí, si tiene estrecha relación con derechos fundamentales, como es derecho a la igualdad (Art. 14 CE) y el derecho a la vida ya la integridad física (art. 15CE).

Por consiguiente, no podemos entender que la medida tomada por el legislador pueda considerarse de extrema urgencia ya que se trata sólo de criterios económicos y que como dice el autor “puede considerarse urgente a efectos de contención del gasto público, pero difícilmente puede calificarse como urgente realizar un cambio estructural del modelo (...)”

Por tanto, el Gobierno entiende que por todas estas razones ha habido un incremento de gasto sanitario público que es incompatible con la sostenibilidad del sistema, por eso resulta necesaria esta reforma para poder hacer frente a los retos actuales de la asistencia sanitaria.

Finalmente, éste justifica dichas medidas diciendo que todos los Estados de la UE han adoptado medidas para optimizar sus modelos asistenciales y farmacéuticos, siendo intensa su implantación en países que han sufrido con más intensidad la crisis económica.

De esta manera se quiere conseguir que los poderes públicos gestionen de forma eficiente las capacidades del sistema, garantizando así el mantenimiento del SNS mediante la coordinación de los servicios de salud de la Administración General del Estado (AGE) y los servicios de salud de las CCAA, lo cual respalda la protección de la salud, que se sustenta en la financiación pública, la universalidad y la gratuidad de los servicios sanitarios.

Para ello tendremos que analizar la regulación anterior y posterior a la reforma del 2012.

4.2 LA TITULARIDAD DEL DERECHO A LA ASISTENCIA SANITARIA ANTES DE LA REFORMA DE 2012

Los arts. 1.2 y 1.3 de la LGS establecen, respectivamente, que *“Son titulares del derecho a la protección de la salud y a la atención sanitaria todos los españoles y los ciudadanos extranjeros que tengan establecida su residencia en el territorio nacional.”* y que *“Los extranjeros no residentes en España, así como los españoles fuera del territorio nacional, tendrán garantizado tal derecho en la forma que las leyes y convenios internacionales establezcan.”* Por tanto, en estos dos preceptos legales se reconoce la titularidad del derecho a la asistencia sanitaria tanto a ciudadanos españoles como a extranjeros, sean o no residentes en territorio español.

El carácter universal del derecho a la asistencia sanitaria, reconocido en los citados artículos de la LGS, se consolida con la aprobación del *Pacto de Toledo* por el Congreso de los Diputados en 1995, el cual establecía la total desvinculación de la asistencia sanitaria del sistema de Seguridad Social y su inclusión en el Sistema Nacional de Salud, cuya financiación se hará a partir de ese momento a través de impuestos y no mediante la cotización de los afiliados a la Seguridad Social. De este modo la condición de titular de

las prestaciones sanitarias se desvincula totalmente de la condición de asegurado o beneficiario de la Seguridad Social.

Esta misma idea aparece recogida en el art. 3.2 de la LGS donde se establece el principio de igualdad en acceso a las prestaciones sanitarias en los siguientes términos: *“La asistencia sanitaria pública se extenderá a toda la población española. El acceso y las prestaciones sanitarias se realizarán en condiciones de igualdad efectiva”*. Es decir, la asistencia sanitaria deberá prestarse con independencia de su condición administrativa, ya que el propio art. 43.1CE reconoce el derecho a la protección a la salud sin límite subjetivo⁴⁹.

Al margen de la LGS, en la redacción del texto original de la Ley 16/2003, de 28 de mayo, de Cohesión y Calidad del Sistema Nacional de Salud (LCCSNS), en su art. 3 establece que: *“1. Son titulares de los derechos a la protección de la salud y a la atención sanitaria los siguientes: a) Todos los españoles y los extranjeros en el territorio nacional en los términos previstos en el artículo 12 de la Ley Orgánica 4/2000; b) Los nacionales de los Estados miembros de la Unión Europea que tienen los derechos que resulten del derecho comunitario europeo y de los tratados y convenios que se suscriban por el Estado español y les sean de aplicación; c) Los nacionales de Estados no pertenecientes a la Unión Europea que tienen los derechos que les reconozcan las leyes, los tratados y convenios suscritos”*. Así mismo se establece la obligación para las Administraciones públicas de orientar sus acciones en materia de salud incorporando medidas activas que impidan la discriminación de cualquier colectivo de población que por razones culturales, lingüísticas, religiosas o sociales tenga especial dificultad para el acceso efectivo a las prestaciones sanitarias del SNS.

La Ley 16/2003, de 28 de mayo, de Cohesión y Calidad del Sistema Nacional de Salud deja muy claro el principio de universalidad característico del SNS, ya que la titularidad de este derecho no se vincula a la condición de asegurado, sino que acoge a toda la población sin ningún tipo de diferencia o criterio de exclusión. Esto se debe a que el derecho a la asistencia sanitaria no solo es un derecho asistencial, sino también es un derecho inherente a la dignidad del ser humano tal y como establece el art. 10.1 CE. Además, el apartado segundo del citado artículo 3 LCCSNS refleja claramente que el

⁴⁹ Ibídem, p. 193. Así el autor nos viene diciendo que *“La idea de universalización de la asistencia sanitaria subyace en la CE al vincular su art. 43 el derecho a la protección a la salud a la condición de ciudadano, no de asegurado”*

principio de igualdad de acceso a las prestaciones ya que promueve medidas que impidan la discriminación en el acceso a cualquier colectivo, en conexión con el artículo 9.2 CE.

En el último tramo de la IX Legislatura se aprueba la Ley 33/2011, de 4 de octubre, General de Salud Pública, cuyo objetivo es establecer *“las bases para que la población alcance y mantenga el mayor nivel de salud posible a través de las políticas, programas, servicios, y en general actuaciones de toda índole desarrolladas por los poderes públicos, empresas y organizaciones ciudadanas con la finalidad de actuar sobre los procesos y factores que más influyen en la salud, y así prevenir la enfermedad y proteger y promover la salud de las personas, tanto en la esfera individual como en la colectiva.”* Esta Ley sigue la línea marcada por la LGS en 1986, ya que el ámbito de actuación de las políticas públicas que en ella se definen comprende toda la población.

Por consiguiente, la regulación sobre la titularidad del derecho a la asistencia sanitaria, antes de ser modificada por el Decreto Ley 16/2012, sostenía un sistema sanitario ejemplar, no solamente por su desvinculación del sistema de SS a partir del *Pacto de Toledo* y por tanto financiándose exclusivamente mediante imposición general, sino también por el amplio reconocimiento que se hace de éste derecho ya que no condiciona su acceso a ninguna condición administrativa.

4.3 LA NUEVA REGULACIÓN DEL ÁMBITO SUBJETIVO DEL DERECHO A LA ASISTENCIA SANITARIA

El Decreto Ley 16/2012 ha trastocado por completo el ámbito subjetivo del derecho a la asistencia sanitaria⁵⁰. En este sentido, se producen varias modificaciones en el art. 3 de la LCCSNS. La primera tiene que ver el cambio de la condición de “titular” a la de “asegurado” estableciendo en su apartado primero que *“La asistencia sanitaria en España, con cargo a fondos públicos, a través del Sistema Nacional de Salud, se garantizará a aquellas personas que ostenten la condición de asegurado.”* El

⁵⁰ Esta norma ha sido desarrollada por el Real Decreto 1192/2012, de 3 de agosto, por el que se regula la condición de asegurado y de beneficiario a efectos de la asistencia sanitaria en España, con cargo a fondos públicos, a través del Sistema Nacional de Salud y por el Real Decreto 576/2013, de 26 de julio, por el que se establecen los requisitos básicos del convenio especial de prestación de asistencia sanitaria a personas que no tengan la condición de aseguradas ni de beneficiarias del Sistema Nacional de Salud.

reconocimiento y control de la condición de asegurado o beneficiario corresponde la Instituto Nacional de Seguridad Social (INSS)⁵¹.

En el apartado segundo el artículo 3 explica quiénes serán los sujetos que ostenten la condición de asegurados, siendo aquellas personas que se encuentren en alguno de los siguientes supuestos: a) Ser trabajador por cuenta ajena o por cuenta propia, afiliado a la Seguridad Social y en situación de alta o asimilada a la de alta. b) Ostentar la condición de pensionista del sistema de la Seguridad Social. c) Ser perceptor de cualquier otra prestación periódica de la Seguridad Social, incluidas la prestación y el subsidio por desempleo. d) Haber agotado la prestación o el subsidio por desempleo u otras prestaciones de similar naturaleza, encontrarse en situación de desempleo, no acreditar la condición de asegurado por cualquier otro título y residir en España⁵².

El apartado tercero de este artículo establece una excepción a la norma general diciendo que *“En aquellos casos en que no se cumpla ninguno de los supuestos anteriormente establecidos, las personas de nacionalidad española o de algún Estado miembro de la Unión Europea, del Espacio Económico Europeo o de Suiza que residan en España y los extranjeros titulares de una autorización para residir en territorio español, podrán ostentar la condición de asegurado siempre que acrediten que no superan el límite de ingresos determinado reglamentariamente.”*⁵³.

⁵¹ Regulado por el Real Decreto 2583/1996, de 13 de diciembre, de estructura orgánica y funciones del Instituto Nacional de la Seguridad Social y de modificación parcial de la Tesorería General de la Seguridad Social.

⁵² Este apartado 2. d) se ha modificado por la Ley 2/2012, de 29 de junio, que en su disposición final vigésima octava le da la siguiente redacción: *“Haber agotado la prestación o el subsidio por desempleo y encontrarse en situación de desempleo, no acreditando la condición de asegurado por cualquier otro título”*.

En el año 2013 se vuelve a modificar el mismo apartado del art. 3 por la disposición final décimo primera de la Ley 22/2013, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2013, cuya redacción queda de la siguiente forma: *“Haber agotado la prestación o el subsidio por desempleo u otras prestaciones de similar naturaleza, encontrarse en situación de desempleo, no acreditar la condición de asegurado por cualquier otro título y residir en España.”*

Se observa que a raíz de las modificaciones hechas tanto en 2012 como en 2013 se va restringiendo cada vez más la condición de titular, ya que con la primera modificación del apartado 3.2. d) en el cual se establecía que podrá tener la condición de asegurado también cuando se haya agotado la prestación o subsidio por desempleo y acreditando que está inscrito como demandante de empleo, no debiendo figurar como asegurado por cualquier otra condición. En la segunda modificación se suprime la frase *“figurar inscrito en la oficina correspondiente como demandante de empleo”* por lo que podemos entender que se está intentado aumentar el ámbito de aplicación de la norma. La reforma de 2013 se vuelve más restrictiva, porque incluye que dichas personas deberán residir en España, por lo que se entiende que aquellos nacionales que residan en el extranjero no tendrán derecho a la asistencia sanitaria en España.

⁵³ Aquellas personas que no se encuentren englobados dentro de la condición de asegurado ni tampoco dentro del art. 3 del RD 1192/2012, de 3 de agosto, que, no teniendo ingresos superiores a cien mil euros anuales, ni cobertura obligatoria de la prestación sanitaria por una vía distinta podrán tener la condición de asegurado cuando se encuentren en los siguientes supuestos: a) *Tener nacionalidad española y residir en*

Además del concepto de asegurado, la nueva regulación del derecho a la asistencia sanitaria recupera la de “beneficiario”. El apartado cuarto del citado precepto expone quienes tendrán la condición de beneficiario “(...) *siempre que residan en España, el cónyuge o persona con análoga relación de afectividad, que deberá acreditar la inscripción oficial correspondiente, el ex cónyuge a cargo del asegurado, así como los descendientes y personas asimiladas a cargo del mismo que sean menores de 26 años o que tengan una discapacidad en grado igual o superior al 65%.*”⁵⁴

Hay que decir que para poder ser considerado beneficiario es necesario que dichas personas cumplan los siguientes requisitos: 1) no tener la condición de persona asegurada conforme al artículo 2.1.a del RD 1192/2012; 2) tener residencia efectiva en España, excepto en el caso de aquellas personas que se desplacen temporalmente a España y estén a cargo de trabajadores trasladados por su empresa fuera del territorio español, siempre que éstos se encuentren en situación asimilada a la de alta, cotizando en el correspondiente régimen de Seguridad Social español.

Lo más relevante de esta modificación no es solamente la reintroducción de los conceptos de “asegurado” y “beneficiario”, lo cual supone un retroceso importante ya que se vuelve a vincular la asistencia sanitaria al sistema de Seguridad Social, sino que a diferencia de lo que se decía en la redacción original del art. 3.3 LCCSNS, que contenía el principio de igualdad, la aplicación del texto ahora en vigor supone la exclusión de varias categorías de personas del Sistema Nacional de Salud.

territorio español; b) Ser nacionales de algún Estado miembro de la Unión Europea, del Espacio Económico Europeo o de Suiza y estar inscritos en el Registro Central de Extranjeros; c) Ser nacionales de un país distinto de los mencionados en los apartados anteriores, o apátridas, y titulares de una autorización para residir en territorio español, mientras ésta se mantenga vigente en los términos previstos en su normativa específica y d) Los menores de edad sujetos a tutela administrativa tendrán consideración de persona asegurada. Consultado en la página web de la Seguridad Social el 13/07/2015 en http://www.seg-social.es/Internet_1/Normativa/index.htm?dDocName=095150&C1=1001&C2=2002

⁵⁴ Tendrán la consideración de personas asimiladas a los descendientes las siguientes: a) Los menores sujetos a la tutela o al acogimiento legal de una persona asegurada, de su cónyuge, aunque esté separado judicialmente, o de su pareja de hecho, así como de su ex cónyuge a cargo cuando, en este último caso, la tutela o el acogimiento se hubiesen producido antes del divorcio o de la nulidad matrimonial. b) Las hermanas y los hermanos de la persona asegurada. Se entenderá que los descendientes y personas a ellos asimiladas se encuentran a cargo de una persona asegurada si conviven con la misma y dependen económicamente de ella. A estos efectos, deberá tenerse en cuenta lo siguiente: a) Se considerará que los menores de edad no emancipados se encuentran siempre a cargo de la persona asegurada. b) Se considerará que, en los casos de separación por razón de trabajo, estudios o circunstancias similares, existe convivencia con la persona asegurada. b) Se considerará que los mayores de edad y los menores emancipados no dependen económicamente de la persona asegurada si tienen unos ingresos anuales, que superen el doble de la cuantía del Indicador Público de Renta de Efectos Múltiples (IPREM), también en cómputo anual.

El párrafo quinto del artículo 3 refleja claramente la limitación del principio de universalidad de nuestro SNS al prever que aquellas personas que no tengan la condición de asegurado o beneficiario solamente podrán acceder a la asistencia sanitaria previa contraprestación o cuota derivada de un convenio especial⁵⁵.

También quedarán excluidos del sistema Extranjeros no registrados ni autorizados como residentes en España, que sólo recibirán asistencia sanitaria de urgencia por enfermedad grave o accidente, cualquiera que sea su causa, hasta la situación de alta médica. Los extranjeros menores de dieciocho años residentes en España a los que se refiere el artículo 3 ter de la Ley 16/2003, de 28 de mayo, tendrán derecho a la asistencia sanitaria pública por el SNS con la misma extensión reconocida a las personas que ostentan la condición de aseguradas, siendo el tipo de aportación del usuario para las prestaciones de la cartera de servicios del SNS que la exijan el correspondiente a los asegurados en activo. Las mujeres extranjeras embarazadas a las que se refiere el artículo 3 ter de la Ley 16/2003, de 28 de mayo, tendrán derecho a que el SNS les proporcione la asistencia al embarazo, parto y postparto con la misma extensión reconocida a las personas que ostentan la condición de aseguradas.

En definitiva, podemos decir que nuestro SNS sufre un acentuado retroceso a una situación preconstitucional donde la condición de titular de las prestaciones se ve ligada a la condición de “asegurado”, volviendo a vincular el derecho a la asistencia sanitaria al sistema de Seguridad Social. Dicho retroceso nos lleva a plantear una serie de reflexiones respecto a la afección del derecho a la asistencia sanitaria.

⁵⁵ En cuanto a aquellas personas que quedan excluidas del sistema por no tener la condición de asegurado o beneficiario se llega a un pacto a partir del RD 576/2013, de 26 de julio, por el que se establecen los requisitos básicos del convenio especial de prestación de asistencia sanitaria a personas que no tengan la condición de aseguradas ni de beneficiarias del Sistema Nacional de Salud. La exposición de motivos del RD 576/2013 dice que: *“Esta vía de acceso, contemplada en el artículo 3.5 de la Ley 16/2003, de 28 de mayo, es la relativa a la suscripción de un convenio especial de prestación de asistencia sanitaria que permitirá obtener, según dispone dicho artículo, la referida prestación mediante el pago de una contraprestación o precio público que cubre el coste medio real de la misma y que se configura como un ingreso de derecho público del Servicio de Salud correspondiente. Este contenido prestacional al que puede acceder la persona que suscriba el convenio especial tiene carácter básico y, en consecuencia, podrá ser incrementado por las comunidades autónomas mediante la inclusión en dicho convenio de otras prestaciones asistenciales propias de la cartera de servicios complementaria de las comunidades autónomas. De este modo, la suscripción del convenio especial de prestación de asistencia sanitaria garantizará a las personas que no ostentan la condición de aseguradas ni de beneficiarias, y esta es precisamente su finalidad, el acceso a las prestaciones de la cartera común básica de servicios asistenciales en las mismas condiciones de extensión, continuidad asistencial y cobertura en todo el Sistema Nacional de Salud de que disfrutaban las personas que sí son aseguradas o beneficiarias.”*

En cuanto a los ciudadanos españoles, este nuevo sistema rompe por completo el principio de universalidad de la asistencia sanitaria pública, el cual se fundamenta en el concepto jurídico-filosófico de persona, la dignidad del ser humano, el derecho a la vida y la idea del derecho a la protección de la salud como básico y esencial en el desarrollo de la persona como sujeto libre, independiente, capaz de actuar y realizarse.

El Decreto Ley 16/2012 ha vulnerado una serie de derechos constitucionales tanto de corte fundamental, como los del Capítulo III del Título I de la CE denominados principios rectores de la política social y económica⁵⁶. En primer lugar, se vulnera *el principio de sanidad universal y gratuita* del art. 43 CE, también recogido en el art. 35 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea (CDFUE) según el cual “*Toda persona tiene derecho a la prevención sanitaria y a beneficiarse de la atención sanitaria en las condiciones establecidas por las legislaciones y prácticas nacionales. Al definirse y ejecutarse todas las políticas y acciones de la Unión se garantizará un alto nivel de protección de la salud humana.*” Al negar este derecho a los ciudadanos españoles, basándose en criterios económicos, consideramos que se trata una clara vulneración de estos artículos ya que ambos extienden el derecho a la salud a todos aquellos que necesiten asistencia sanitaria. Por tanto, no sólo provoca una estigmatización de aquellos que no pueden acceder al sistema sanitario, sino que también afecta a la condición de persona y a su dignidad, ya que el espíritu de los derechos sociales se basa precisamente en la dignidad del ser humano como tal.

En segundo lugar, se ve afectado el *derecho fundamental a la igualdad y no discriminación sin causas justificadas* del art. 14 CE. Esto se debe a que el RD 16/2012 condiciona el acceso a la sanidad pública mediante la cotización en la SS, así como también la contribución al SNS a través impuestos. Esta situación conduce a un trato desigual entre los ciudadanos españoles que está injustificada⁵⁷.

⁵⁶ BELTRÁN AGUIRRE, “Real Decreto-Ley 16/2012, de 20 de abril...” op., cit., p. 198 – 199.

⁵⁷ En este caso no se cumplen los requisitos que el TC exige para poder aplicar la desigualdad ya que el fin pretendido por la norma tiene unas consecuencias desproporcionadas porque la aplicación de este RDL cuya finalidad basada en cuestiones económicas y de gestión de los servicios sanitarios, despoja de su derecho a la asistencia sanitaria a aquellos que no coticen en la SS ni tributen (como es el caso de los desempleados). La desigualdad de trato radica en esa doble aportación, porque propio TC en la STC 10/2005, de 20 de enero en su FJ 5º viene reiterando desde su propia doctrina que el principio de igualdad se compone de: a) no toda desigualdad de trato en la Ley puede considerarse una infracción del art. 14 de la, sino que dicha infracción solo puede entenderse cuando hay una desigualdad carente de objetividad y razón; b) el principio de igualdad exige que a supuestos similares se le aplique similares consecuencias jurídicas; c) el principio de igualdad no prohíbe al legislador cualquier desigualdad de trato, sino que solo aquellas que sean artificiosa o injustificadas por o venir de un razonamiento objetivo y suficiente; d) para

En cuanto a los extranjeros en situación irregular, su titularidad se ve afectada por el art. 3 ter de la LCCSNS, ya que solamente podrán acceder a la asistencia sanitaria en situaciones de urgencia. Esto quiere decir que aunque estas personas estén empadronadas, no se les reconocerá el derecho a la asistencia sanitaria, salvo en los casos previstos por la Ley. Es necesario traer a colación la Disposición Final segunda del RD 16/2012 que hace una modificación del art. 12 de la LO 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social según el cual *“Los extranjeros tienen derecho a la asistencia sanitaria en los términos previstos en la legislación vigente en materia sanitaria.”* BELTRÁN AGUIRRE⁵⁸ plantea que esta medida provoca un retroceso en materia de derechos asistenciales y además ocasiona una serie de problemas empezando por la ética médica ya que incluso el art. 5 del Código Deontológico Médico (CDM) en su apartado segundo nos viene a decir que *“El médico debe atender con la misma diligencia y solicitud a todos los pacientes, sin discriminación alguna.”* De esta forma podemos encontrarnos, tal y como dice el autor, con una contraposición entre el cumplimiento de la norma y la obligación impuesta, lo cual puede llegar a desembocar en una situación de objeción de conciencia por parte de los facultativos.

Otro problema que hay tener en cuenta es el aumento del riesgo de aparición de focos de enfermedades por la falta de atención sanitaria lo cual tiene como resultado la afección a la salud pública.

Respecto a la vulneración de los derechos de los extranjeros en situación irregular, hay que decir que no solamente afecta al derecho a la igualdad tal y como pasa en el caso de los nacionales, sino que también el art. 3 ter de la LCCSNS exige que para que éstos tengan acceso a la asistencia sanitaria es necesario que sean residentes, por tanto, el autor considera que se está volviendo a lo que en principio exigía el art. 1.2 de la LGS el cual exigía el criterio de residencia. El TC mediante la STC 236/2007, de 7 de noviembre, la cual trata la constitucionalidad de algunos de los preceptos de la LO 4/2000, de 11 de enero, de extranjería, exponiendo que determinados derechos de rango constitucional solamente son disfrutados entre aquellos que tienen una condición administrativa

que la desigualdad resulte lícita no es suficiente con que lo sea el fin que con ella se persigue, sino que las consecuencias jurídicas que vienen del resultado de tal distinción sean adecuadas y proporcionales a tal fin, de forma que la medida que se adopte y el fin perseguido superen el juicio de proporcionalidad en sede constitucional.

⁵⁸ *Ibíd.*, p. 197.

determinada, es decir, aquellos extranjeros que se encuentra en una situación regular dentro de territorio español. Es más, si lo extrapolamos al ámbito de la asistencia sanitaria se estaba justificado la exclusión de aquellos extranjeros en situación irregular por una mera situación jurídica y esto desde el punto de vista constitucional no es justificable, siendo esta medida desproporcionada, carente de objetividad e injustificada.

El TC expuso en su FJ 3º que la Constitución no hace distinción alguna entre el españoles y extranjeros en función de su regularidad, pero el legislador lo que sí puede hacer es atender a aquella diferencia entre aquellos que están en situación regular de aquellos que no, pero sin vulnerar derechos fundamentales. Con la reforma sanitaria está pasando todo lo contrario, ya que dicha desigualdad basada en una situación jurídica como es ser o no residente en territorio español no sólo se queda ahí, sino que afecta a derechos fundamentales como la integridad física contenida en el art. 15 o la dignidad del ser humano como persona y sujeto de derechos del art. 10.1 CE⁵⁹.

Mención aparte merecen los ciudadanos de Estados miembros de la UE y otros extranjeros, la reforma sanitaria en aras de evitar lo conocido comúnmente como “turismo sanitario”, mediante la modificación del art. 7 del RD 240/2007, de 16 de febrero, sobre entrada, libre circulación y residencia en España de ciudadanos de los Estados miembros de la Unión Europea y de otros Estados parte en el Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo, que transpone el art. 7 de la Directiva 2004/38/CE. Dicho artículo, en resumen, lo que viene a establecer es que tendrán derecho de residencia los ciudadanos de los Estados miembros de la UE o de otro Estado parte del Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo, si éstos están en territorio español por un periodo superior a tres meses y concurren con las condiciones que establece la ley para obtener dicha residencia. Bien, hay que decir que esto adolece de un defecto que no es precisamente legal, sino que es de carácter práctico. Se trata de que los centros sanitarios no facturan todo aquello que deberían facturar, es decir, que no lo hacen porque no ingresan todo aquello que facturan debido a la mala gestión general las CCAA que atienden a estos extranjeros, siempre reciben menos de lo que realmente deberían recibir en concepto de compensación por la atención a dichos ciudadanos europeos⁶⁰.

Por tanto, debemos considerar que el RLD 12/2012 no solo ha afectado al principio de universalidad del sistema sanitario y a todo ello que implica, sino que también ha

⁵⁹ Ibídem, p. 199 – 200.

⁶⁰ Ibídem, p. 197 – 198.

afectado a las competencias autonómicas mediante la inclusión del copago sanitario, límites a la Cartera complementaria o que ahora las CCAA tendrán que asumir con cargo a sus presupuestos a las personas que tengan condición de asegurado⁶¹.

Además, es conveniente decir que el derecho a la protección a la salud no solamente tiene conexión directa con el derecho a la vida e integridad física y moral del art. 15 de la CE, también puede conectarse con el derecho a libertad del art. 17 de la CE, que puede considerarse como un requisito esencial para el ejercicio efectivo del derecho a la prestación sanitaria y con el derecho a la dignidad de la persona del art.10.1 de la CE. Por lo cual podemos llegar a definir la salud, tal y como lo hace BELTRÁN AGUIRRE⁶², como *“una necesidad básica del ser humano y, por ende, el derecho a la protección de la salud, desde la óptica axiológica, como un derecho fundamental y universal”*

Para concluir este breve análisis debemos remarcar que a partir de esta reforma queda gravemente afectado el principio de igualdad en el acceso a las prestaciones sanitarias recogido en la redacción original del art. 3.2 de la LCCSNS, así como también el principio de universalidad del SNS que se ve constreñido por esta regulación.

Por tanto, entendemos que la introducción de estas medidas en nuestro sistema de sanidad pública, ha provocado la reducción inmediata del gasto sanitario y un notable cambio estructural del modelo actual, que se asienta en el contenido esencial del derecho a la protección a la salud del art. 43 CE, que implica el establecimiento de un nuevo modelo sanitario⁶³, que de forma implícita está promoviendo el uso de seguros privados y públicos provocando la entrada de sistemas de aseguramiento distintos en función de los grupos de población y su nivel económico, lo que provoca una clara vulneración al derecho fundamental a la igualdad del art. 14 de nuestra Constitución⁶⁴.

⁶¹ Ibídem, p. 203 – 204.

⁶² BELTRÁN AGUIRRE, J., “Real Decreto Ley 16/2012...”, op., cit., p. 197.

⁶³ Ibídem. p. 192. Así lo viene diciendo BELTRÁN AGUIRRE ya que la reforma sanitaria viene dando un cambio importante en la delimitación y concepto del derecho a la salud y que los efectos de la aplicación de este Decreto Ley serán a medio plazo pero nunca de manera inmediata tal y como lo demanda la extrema urgencia.

⁶⁴ Ibídem, p. 196 – 197.

5. LAS REACCIONES ANTE LA REFORMA SANITARIA. LA INAPLICACIÓN DEL RD LEY 16/2012 POR EL GOBIERNO VASCO Y LA COMUNIDAD FORAL DE NAVARRA Y SUS CONSECUENCIAS PARA LA TITULARIDAD DEL DERECHO A LA ASISTENCIA SANITARIA

El Decreto Ley 16/2012 ha sido objeto de diversas críticas debido a las medidas contenidas en éste. Como consecuencia algunas CCAA (El Consejo de Gobierno del Principado de Asturias, el Gobierno de Canarias, el Gobierno Vasco, el Gobierno de Cataluña y por último el Parlamento de Navarra) han interpuesto recursos de inconstitucionalidad en contra de estas medidas promovidas por el Gobierno⁶⁵, al considerar que el Decreto Ley 16/2012 afecta en primer lugar a derechos fundamentales y segundo lugar invade competencias autonómicas del art. 148 de la CE. En este apartado solamente nos referiremos a la cuestión de la titularidad del derecho a la asistencia sanitaria de la población inmigrante. Recordemos que el RD 16/2012 que modifica el art. 3 y añade los arts. 3 bis y 3 ter de la LCCSNS. El art. 3 ter reconoce el derecho a la asistencia sanitaria sólo a aquellos que se encuentren en situación regular en España. Por tanto aquellos que se encuentren residiendo ilegalmente en España, exclusivamente tendrán asistencia sanitaria en casos de urgencia o extrema necesidad, es decir, por enfermedad grave o accidente. En el caso de las mujeres tendrán asistencia durante embarazo, parto y posparto, hasta la situación de alta médica.

De entre todas las reacciones frente a la reforma sanitaria merece ser analizada la del País Vasco, que no sólo interpuso un recurso de inconstitucionalidad contra el RD 16/2012, sino que además tomó la decisión de no aplicar la norma del Estado exponiendo que al no cubrir a aquellas personas que no tienen acceso a ninguna clase a un sistema de protección sanitaria pública podría comprometer la salud de la población, por tanto, ya no solamente por el hecho de que afecta al derecho a la protección a la salud en su vertiente individual sino también a la colectiva porque con esta medida la salud de la

⁶⁵ El Principado de Asturias interpuso un recurso de inconstitucionalidad nº 4530-2012 contra el art. 10.4 del RDL 16/2012 en el BOE 228/2012, de 21 de septiembre de 2012; El recurso de inconstitucionalidad nº 433-2013 promovido por el Gobierno Canario contra diversos artículos del RDL 16/2012, en el BOE 46/2013, de 22 de febrero de 2013; El Gobierno Vasco promueve el recurso de inconstitucionalidad nº 419-2013 contra los arts. contra los arts. 1.1, 1.2 y 1.3; 4.1, 4.4, 4.5 y 4.14; 6, apartados 2 y 3; 8.2; 10.4 y disposición final sexta del RDL 16/2012; El Gobierno de Catalán, interpuso el recurso de inconstitucionalidad nº 4123-2012 contra los arts. 1.1 y, por conexión los arts. 1. 2; 2. 2, 2.3 y 2.5; 4.12, 4.13 y 4.14 y disposición adicional tercera y transitoria primera del RDL 16/2012, publicado en el BOE 46/2013, de 22 de febrero de 2013.

población se puede resentir ante el peligro de brotes infecciosos⁶⁶. Así que se decidió otorgar el reconocimiento del derecho a la asistencia sanitaria a todas aquellas personas que se encuentren empadronadas en el País Vasco, tengan rentas inferiores a la renta de inclusión o bien se trate de personas que perciban prestaciones económicas del Sistema Vasco de Garantía de Ingresos e Inclusión (SVGII) y a todos aquellos que no tengan acceso a un sistema de protección sanitaria pública de ninguna forma, como es el caso de los extranjeros en situación irregular. Para ello el ejecutivo vasco aprobó el Decreto 114/2012, sobre el régimen de las prestaciones sanitarias del SNS en el ámbito de la Comunidad Autónoma de Euskadi⁶⁷. Esta medida se complementó normativamente mediante el Decreto 447/2013, de 19 de noviembre, por el que se regulan las ayudas destinadas a facilitar la adherencia a los tratamientos médicos prescritos por personal del Sistema Sanitario de Euskadi⁶⁸, que en su art. 1 regula el objeto y la finalidad estableciendo que *“1) El objeto de la presente norma es regular las ayudas destinadas a facilitar la adherencia de personas en situación objetiva de enfermedad y necesidad a los tratamientos médicos sujetos a financiación pública prescritos por personal del Sistema Sanitario de Euskadi; 2) Las ayudas a las personas beneficiarias se realizarán mediante el abono de las cantidades que hayan hecho efectivas como consecuencia de la adherencia a un tratamiento médico prescrito en los términos expresados en el párrafo anterior, respecto a tratamientos farmacológicos, productos dietéticos y efectos y accesorios, sujetos a financiación pública.”*

El 20 de julio el Gobierno central decide plantear un conflicto positivo de competencias contra el Decreto 114/2012, sobre el régimen de las prestaciones sanitarias del SNS en el ámbito de la Comunidad Autónoma de Euskadi. El Ejecutivo entiende que el Gobierno Vasco no puede establecer esas normas, porque *“introduce diferencias respecto de la legislación básica en el ámbito subjetivo del derecho a acceder a la*

⁶⁶LOMAS HERNÁNDEZ, V., “De ciudadano a asegurado o el tránsito inacabado hacia la universalización de la asistencia sanitaria”, en *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, núm. 8, 2013, p. 54- 55. En línea <http://www.revista.uclm.es/index.php/cesco>, visto el 4/06/2015.

⁶⁷ Diario Oficial del País Vasco de 29/6/2012

⁶⁸La exposición de motivos de este Decreto establece las causas por la cual se promulga, diciendo que *“Las desigualdades sociales en salud son las diferencias sistemáticas, evitables e injustas entre grupos sociales definidos de acuerdo con el género, la clase social, el lugar de residencia, el país de origen, la discapacidad, el tipo y las condiciones de trabajo. La mala salud de los pobres, el gradiente social de salud dentro de los países y las grandes desigualdades en salud entre los países están provocadas por una distribución desigual (a nivel mundial y nacional) del poder, los ingresos, los bienes y servicios, y por las consiguientes injusticias que afectan a las condiciones de vida de la población de forma inmediata y visible (acceso a la atención sanitaria, escolarización, educación, condiciones de trabajo y tiempo libre, vivienda) y a la posibilidad de tener una vida próspera”*.

asistencia sanitaria pública y gratuita (sic) y en lo referente al régimen de copago (sic) farmacéutico”. Solicita, además, la suspensión del Decreto vasco. El 24 de julio el TC admite a trámite el recurso y se procede a la suspensión del Decreto. Frente a esta decisión, el 26 de septiembre de 2012 el Gobierno vasco presenta sus alegaciones y solicita el levantamiento de la suspensión. Esta solicitud suscita la apertura de un incidente que obliga al TC a pronunciarse sobre si debe seguir en suspenso o no el decreto vasco, antes de decidir si es constitucional. El pronunciamiento sobre el levantamiento parcial de la suspensión se recoge en el Auto 239/2012, de 12 de diciembre de 2012, cuyo contenido pasamos a analizar a continuación.

El Gobierno Vasco señala en su escrito de alegaciones “(...) *que frente al interés general configurado por el beneficio económico asociado al ahorro vinculado a las medidas adoptadas por el Estado al redefinir el ámbito de los beneficiarios del sistema público de salud, se encuentra el interés público de preservar el derecho a la salud consagrado en el art. 43 CE*”⁶⁹. Como ya hemos venido explicando la aplicación del Decreto Ley 16/2012 no solo afecta en el ámbito individual del art. 43 de la CE, sino que también afecta a su ámbito general, ya que es obvio que bajo este precepto constitucional subyace el deber del Estado de preservar la salud pública mediante medidas preventivas y las prestaciones y los servicios sanitarios.

A parte de esto, el País Vasco también alega que el Decreto 114/2012 ,sobre el régimen de las prestaciones sanitarias del SNS en el ámbito de la Comunidad Autónoma de Euskadi propugna la universalización de la asistencia sanitaria como insignia del derecho a la protección a la salud, el cual no solamente se entiende desde el punto de vista del derecho fundamental a la integridad física, sino también desde la perspectiva de la dignidad de la persona, de modo que “*la protección de la salud es una tarea que un Estado social de derecho no puede descuidar por su ligazón con los derechos humanos a la vida y a la integridad física*”.

Después de realizar análisis desde el punto de vista general, la representación procesal del Gobierno Vasco pasa a hacer un análisis pormenorizado de la aplicación del decreto vasco y los efectos de su suspensión. El primero de ellos, y a la vez el más importante, es que hasta que se declare la inconstitucionalidad del mismo esto puede provocar daños en aquellos colectivos que quedan fuera de la asistencia sanitaria por no tener la condición

⁶⁹ Vid. Antecedente de hecho nº4 del Auto del TC 239/2012.

de asegurados, haciendo especial referencia los extranjeros en situación irregular. Por tanto, el Gobierno Vasco considera que el mandato constitucional del art. 43 no solamente va dirigido a todos los poderes públicos del Estado sino también a las CCAA y que la norma estatal es contraproducente, ya que solamente proporciona asistencia pública a aquellas personas que tengan la condición de asegurado por lo cual es de entender que hay una clara limitación al derecho a la asistencia sanitaria a aquellos colectivos que no tienen la condición de asegurados.

En cuanto a los extranjeros en situación irregular, los argumentos del gobierno autonómico giran en torno a la situación económica precaria de este colectivo, por lo que considera necesario atender a estas personas porque generalmente suelen estar afectadas por enfermedades infecciosas como el VIH, tuberculosis, meningitis tuberculosa, paludismo o la hepatitis B, teniendo como consecuencia el deterioro en la salud comunitaria, sin olvidar que la falta de control generaría un grave problema de salud pública⁷⁰.

El TC en el Auto 239/2012, de 12 de diciembre, respecto a la cuestión competencial entiende a partir de su doctrina que *“para decidir acerca del mantenimiento o levantamiento de la misma, es necesario ponderar, de un lado, los intereses que se encuentran concernidos, tanto el general y público como, en su caso, el particular o privado de las personas afectadas, y, de otro, los perjuicios de imposible o difícil reparación que puedan derivarse del mantenimiento o levantamiento de la suspensión.”* (FJ 2º). De esta manera, el TC en el FJ 4º considera que el Decreto no afecta al reparto constitucional de competencias entre el Estado y las CCAA porque no provoca ningún bloqueo competencial debido a que la norma autonómica solamente desarrolla la normativa estatal⁷¹.

En cuanto a la limitación del derecho a la asistencia sanitaria, el alto Tribunal en el FJ 5º del Auto del TC 239/2012 entiende que hay que ponderar, por una parte el interés

⁷⁰Vid. Fundamentos de h nº4 del Auto del TC 239/2012.

⁷¹ Las alegaciones hechas por la Abogacía del Estado en contra del levantamiento de la suspensión del decreto se fundan en tres pilares: 1) las consecuencias que la entrada en vigor de los preceptos autonómicos tendrían para la seguridad jurídica, referida en este caso a la uniformidad de las condiciones de acceso al Servicio Nacional de Salud; 2) el bloqueo de la competencia estatal que supone la entrada en vigor de la normativa autonómica; 3) el grave quebranto para la estabilidad financiera del país. A juicio de la Abogacía del Estado es aplicable a este caso la doctrina asentada en el ATC 270/1997, de 15 julio, que preveía el mantenimiento de la suspensión de una medida que podría suponer perjuicios de difícil reparación en el ámbito de la política estatal de contención del déficit, así como la contenida en los AATC 95/2011, de 21 junio; 96/2011, de 21 junio; y 147/2012, de 16 de julio. (FJ. 6º del Auto del TC 239/2012, de 12 de diciembre de 2012)

general configurado por el beneficio económico asociado al ahorro relacionado con las medidas adoptadas por el Estado y por otra, el interés general de preservar el derecho a la salud contenido en el art. 43 de la CE. Debemos decir que esta discrepancia tiene proyecciones tanto individuales como colectivas, es decir, que no solo se valora la salvaguardia del derecho a la protección a la salud pública sino que también hay que apreciar la afección a la salud individual. Por estas razones, el TC acaba considerando el levantamiento de la suspensión del Decreto vasco debido a que al acudir a lo dispuesto en el mandato constitucional del art. 43 de la CE el Estado tiene el deber de garantizar a todos los ciudadanos el derecho a la protección a la salud a través de medidas preventivas, prestacionales y servicios necesarios, establecidas en el art. 43.2 CE. Además tal y como venimos diciendo este precepto constitucional está estrechamente relacionado con el art. 15 de nuestra Constitución que recoge el derecho fundamental a la vida y a la integridad física y moral, por esta razón el tribunal dice que *“resulta evidente que los intereses generales y públicos, vinculados a la promoción y garantía del derecho a la salud, son intereses asociados a la defensa de bienes constitucionales particularmente sensibles”*. Por lo que acaba concluyendo que los extranjeros en situación irregular al ser un colectivo vulnerable debido a su condición socioeconómica y sociosanitaria, la suspensión del decreto supondría una clara limitación a su derecho a la asistencia sanitaria que no solo repercute en su salud individual, sino que afecta a la salud de la sociedad en general por la falta de control y prevención.

Por estas razones y por otras como por ejemplo la falta de concreción en los argumentos esgrimidos por el Estado en relación a la afectación de las competencias del mismo, y conforme a la importancia de la sensibilidad de este derecho, no puede verse deformada por una cuestión de ahorro económico que no se ha concretado, de ahí podemos deducir que se considere el carácter subjetivo de la pretensión estatal.

En consecuencia, el TC entiende que es procedente levantar la suspensión del Decreto 114/2012⁷² ya que únicamente lo que hace es desarrollar el mandato constitucional, sin

⁷² FJ 5º del Auto del TC 239/2012 *“Teniendo en cuenta la concreción de los perjuicios derivados del levantamiento o del mantenimiento de la suspensión efectuada por las partes, así como la importancia de los intereses en juego, y apreciando este Tribunal que el derecho a la salud y el derecho a la integridad física de las personas afectadas por las medidas impugnadas, así como la conveniencia de evitar riesgos para la salud del conjunto de la sociedad, poseen una importancia singular en el marco constitucional, que no puede verse desvirtuada por la mera consideración de un eventual ahorro económico que no ha podido ser concretado, entendemos que se justifica el levantamiento de la suspensión de la vigencia de los preceptos referidos a la ampliación del ámbito subjetivo del derecho a acceder a la asistencia sanitaria pública y gratuita.”*

que en ningún momento, a mi criterio, quepa ninguna invasión de las competencias del Estado por las CCAA.

En conclusión, tenemos que decir que es acertada la decisión del TC de no suspender la medida vasca, ya que el derecho a la protección a la salud no es una cuestión que se tenga que analizar de manera aislada respecto de otros de derechos de carácter fundamental que tiene una relación directa con esta derecho, como puede ser el derecho a la vida y a la integridad física del art. 15 de la CE, sino que también trata de una cuestión inherente a la dignidad de la persona y el libre desarrollo de la personalidad (art. 10 de la CE).

Además del caso vasco, en la Comunidad Foral de Navarra se ha aprobado la Ley Foral 8/2013, de 25 de febrero, por la que se reconoce a las personas residentes en Navarra el derecho a acceso a la asistencia sanitaria gratuita del sistema público sanitario, en cuyo art. 1º se proclama que *“Todas las personas con residencia en Navarra tienen derecho de forma gratuita a la asistencia sanitaria primaria o especializada, prestada por el sistema sanitario público de la Comunidad Foral de Navarra, con cargo a los Presupuestos Generales de Navarra, cualquiera que sea su edad, nacionalidad o situación legal o administrativa”*. El Gobierno del Estado decide, frente a esta Ley Foral, interponer un recurso de inconstitucionalidad. Este recurso de inconstitucionalidad se fundamenta en que la Ley Foral, al reconocer el derecho de asistencia sanitaria pública a todas las personas con residencia en Navarra sin excepción, contradice la normativa básica estatal, dictada al amparo del art. 149.1, apartados 1, 16 y 17 CE, en la que se determina quién tiene derecho de acceso a la asistencia sanitaria y que está contenida principalmente en el Real Decreto-Ley 16/2012, de 20 de abril, de medidas urgentes para garantizar la sostenibilidad del Sistema Nacional de Salud y mejorar la calidad y seguridad de sus prestaciones y desarrollada por el Real Decreto 1192/2012, de 3 de agosto, por el que se regula la condición de asegurado y de beneficiario a efectos de la asistencia sanitaria en España, con cargo a fondos públicos, a través del Sistema Nacional de Salud. Asimismo, se considera que se vulneran las competencias del Estado ex art. 149.1.2 CE al reconocer a los extranjeros irregulares pleno derecho al acceso a las prestaciones sanitarias del Sistema Nacional de Salud (SNS) con el único requisito de estar empadronados en Navarra sin atención a tiempo alguno, lo que excede de lo previsto en la legislación estatal en la materia. La interposición del recurso, como ocurrió en el caso vasco, y en aplicación de los arts. 161.2 CE y el art. 30 LOTC supuso, de entrada, la suspensión de la aplicación

de la Ley Foral recurrida. Suspensión que se levantó mediante el Auto 115/2014, de 8 de abril, del Tribunal Constitucional.

En este incidente, el Gobierno central aduce a favor del mantenimiento de la suspensión de la Ley navarra mientras se resuelve el recursos de inconstitucionalidad las siguientes razones: a) La aplicación de la norma foral tendría como consecuencia un incremento considerable del gasto es contrario al principio de sostenibilidad del SNS; b) El aumento de la cobertura sanitaria, en el entorno del Derecho de la UE, provoca un incremento aún mayor del gasto público poniendo en peligro el cumplimiento de las obligaciones del Estado español con la UE, entendiendo de esta manera que la Comunidad de Navarra se convertiría en una entrada para todos los extranjeros si no se mantiene la suspensión la suspensión de esta Ley Foral; c) El mantenimiento de la suspensión de esta ley autonómica no supone impedir la protección del derecho a la salud de aquellas personas en situación irregular en la Comunidad Foral de Navarra, tampoco el mantenimiento afecta a la salud individual de este colectivo o de toda la sociedad por la transmisión de enfermedades infectocontagiosas.

Después de estos argumentos de carácter general, el Abogado del Estado concreta sus alegaciones respecto de la aplicación del Decreto Ley 16/2012 en los ciudadanos extranjeros en situación irregular diciendo que la asistencia está garantizada por las siguientes medios: 1) La asistencia sanitaria de este colectivo abarca la atención en situaciones de urgencia, embarazo, parto y posparto, y en el caso de menores éstos accederán en igualdad de condiciones que los nacionales; 2) Aquellas personas en situación irregular que padezcan enfermedades crónicas y cuyo tratamiento resulta vital, de ja a criterio del facultativo para la determinación de la urgencia; 3) Las CCAA tienen un amplio margen de actuación para implantar a través de sus servicios sociales y programas de cooperación mecanismos de ayuda para personas que no dispongan de Tarjeta sanitaria y no puede hacerse cargo de la contraprestación de la asistencia sanitaria; 4) A los extranjeros en situación irregular se les reconoce la plena asistencia sanitaria con cargo a fondos públicos cuando así lo establezcan los convenios internacionales suscritos con sus países de origen⁷³.

Por su parte, el parlamento Navarro defiende que se levanta la suspensión de la norma navarra, ya que en el supuesto de los extranjeros en situación irregular y sin recursos

⁷³ Antecedente de hecho nº 7 del Auto del TC 115/2014.

económicos, su salud puede verse gravemente afectada si se les impide el acceso gratuito a la asistencia sanitaria pública, lo cual afecta tanto al estado de salud del individuo como al resto de personas. El derecho a la salud y a la integridad física de aquellas personas a las que va dirigida la norma navarra, así como el interés de evitar riesgos para el conjunto de la población deben prevalecer sobre cualquier otra consideración y más aún si son de carácter económico teniendo en cuenta la importante caída de la inmigración en España.⁷⁴

El Gobierno de Navarra alega que la Ley Foral lo que pretende es la realización del derecho a la protección a la salud recogido en el art. 43 CE, y de los principios de universalidad y gratuidad de la asistencia sanitaria pública de Navarra para todas aquellas personas derivados de los tratados internacionales y contenidos en el art. 11 de la Ley Foral 17/2010⁷⁵, así como también la atención sanitaria a aquellos extranjeros en situación irregular con recursos económicos insuficientes que han sido excluidos del SNS por el Decreto 16/2012. El Letrado alega que a asistencia sanitaria pública en la Comunidad Foral Navarra tiene tres características: *“Se prevé el acceso a la sanidad pública de Navarra de aquellas personas que están total o parcialmente fuera del Sistema Nacional de Salud de acuerdo con la legislación básica estatal, como son, primordialmente, los extranjeros o inmigrantes mayores de edad en situación irregular o sin autorización de residencia en España; tal régimen navarro de universalización lo es al margen del Sistema Nacional de Salud, ya que se limita a los servicios públicos de Navarra y no confiere la tarjeta sanitaria individual ni la europea; y tal régimen de carácter gratuito se financia con fondos propios de la Comunidad Foral de Navarra.”*⁷⁶. Finalmente,

⁷⁴ En el antecedente de hecho nº 5 del Autor del TC 115/2014 contiene los argumentos del Parlamento navarro el cual nos dice que: *“En el caso de los inmigrantes, sin permiso de residencia y sin recursos económicos, su salud se puede ver notablemente afectada si se les impide el acceso a los servicios sanitarios públicos de forma gratuita, lo que repercutirá en su estado de salud y también en el de otras personas. El derecho a la salud y el derecho a la integridad física de las personas a las que va dirigida la ley foral, así como la conveniencia de evitar riesgos para el conjunto de la sociedad deben primar sobre cualquier otra consideración, y más aún sobre las de tipo económico respecto a las cuales se debe tener en cuenta la importante caída que ha sufrido la inmigración en España.”*

⁷⁵ El art. 11 de la Ley Foral 17/2010, de 8 de noviembre, de derechos y deberes de las personas en materia de salud en la Comunidad Foral de Navarra hace referencia a los titulares del derecho a la asistencia sanitaria establece que: *“1. La asistencia sanitaria pública, de cobertura universal, se extiende a todas las personas que residan en los municipios de la Comunidad Foral de Navarra. También se extiende a los inmigrantes que residan en los municipios de Navarra con independencia de su situación legal o administrativa; 2. A los transeúntes en el territorio de la Comunidad Foral se les garantizará la asistencia sanitaria pública en la forma y condiciones que establezca la legislación vigente, el derecho de la Unión Europea y los convenios nacionales o internacionales que resulten de aplicación; 3. Igualmente, se garantiza la asistencia sanitaria pública a las personas menores de edad y a las mujeres gestantes no incluidas en los apartados 1 y 2 del presente artículo; 4. Además, se garantiza a todas las personas la atención sanitaria en situación de urgencia y emergencia.”*

⁷⁶ Antecedente de hecho nº 8 del Auto del TC 115/2014.

también se señala que de seguir manteniendo dicha suspensión se provocarían graves perjuicios al interés público y a terceros, ya que la Ley Foral se dirige principalmente a extranjeros en situación irregular con escasos recursos, y que con sus exclusión pueden comportar un grave riesgo de salud pública⁷⁷.

El TC, ante las alegaciones de las partes, se pronuncia primeramente sobre el argumento según el cual la no suspensión de la Ley navarra generaría un aumento sustancial del gasto. En este sentido el Alto Tribunal señala que no se puede conocer el coste asociado a la aplicación de la norma autonómica y el posible perjuicio económico vinculado al levantamiento de la suspensión, es decir, que se trata de la misma situación expuesta por el TC para el caso vasco en el Auto 239/2012 en su FJ 5º en el que decía que el derecho a la salud y a la integridad física de las personas afectadas por estas medidas, no puede verse desvirtuada por el ahorro económico que no ha podido ser determinado⁷⁸.

Por otra parte, el TC también descarta el posible perjuicio que conllevaría el levantamiento de la suspensión que alega el Abogado del Estado en relación a la ampliación de la cobertura sanitaria dentro del ámbito del Derecho de la UE, el incremento del gasto público y el riesgo para el cumplimiento de las obligaciones de España con la UE. Ante este argumento el TC aplica lo dicho anteriormente, es decir, que este argumento tampoco se sostiene ya que no se cuantifica el incremento por lo que se trataría de una cuestión meramente subjetiva.

Finalmente, respecto al argumento expuesto por el representante procesal del Gobierno central en el que se alega que con el Decreto 16/2012 no se producen efectos negativos sobre la salud pública ni sobre aquellos sujetos excluidos de la cobertura sanitaria, el TC considera que sí se producen dichos efectos ya que hay una vulneración en el principio rector de los arts. 43 y 15 de la CE que recogen el derecho a la protección a la salud y el derecho fundamental a la vida y a la integridad física, los cuales son reconocidos por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) por tratarse de

⁷⁷ FJ. 5º del Auto del TC 115/2014.

⁷⁸ El TC en su FJ 6º del Auto 115/2014 dice *“En todo caso, resulta necesario precisar al respecto que no se puede identificar el coste asociado a la aplicación de una norma autonómica con el perjuicio económico vinculado al levantamiento de la suspensión de la vigencia de la misma. En este caso concreto no ha quedado acreditado que el impacto económico de la Ley 8/2013 comporte una desviación presupuestaria que pudiera considerarse como un perjuicio económico, teniendo en cuenta, además, que el propio artículo único de la Ley Foral determina que la asistencia sanitaria se prestará con cargo a los Presupuestos Generales de Navarra.”*

intereses generales y públicos, que se encuentran unidos a la promoción y garantía del derecho a la salud y de intereses que están asociados a bienes constitucionales especialmente sensibles. Esto es debido a que nuestro alto Tribunal considera que no queda acreditado que la asistencia sanitaria a estos grupos vulnerables se haga en las mismas condiciones que recoge la Ley Foral⁷⁹.

De esta forma, el TC considera el levantamiento de la suspensión de la Ley Foral 8/2013, de 25 de febrero, por la que se reconoce a las personas residentes en Navarra el derecho a acceso a la asistencia sanitaria gratuita del sistema público sanitario, ya que no encuentra indicios de inconstitucionalidad en su aplicación. Por lo cual, debemos decir que el TC aplica los mismos argumentos que en el Auto 239/2012: se debe garantizar la asistencia sanitaria universal y gratuita a estos grupos vulnerables, ya que de lo contrario no sólo se afecta a la vertiente individual del derecho sino que también repercute sobre la vertiente colectiva, debido a que se trata de un derecho sensible por su conexión con otros derechos fundamentales debiendo éste prevalecer sobre cualquier otra consideración de carácter político – económico.

Por consiguiente, relacionando ambos casos, podemos decir que en ninguno de los dos se causan daños o perjuicios reales, es decir, que no hay una verdadera afección de carácter presupuestario, prestacional o competencial. Por otra parte, en el caso navarro hay que decir que no se ha podido probar el gasto derivado de la aplicación de la normativa de la Comunidad Foral de Navarra, entendiendo por tanto que el derecho a la salud y a la integridad física es más importante que un ahorro económico que no se ha determinado.

6. CONCLUSIONES

El derecho a la protección a la salud del art. 43 de la CE tiene una vertiente subjetiva y otra objetiva. Es decir, que el citado precepto constitucional no sólo hace referencia a la protección individual de los titulares de dicho derecho, sino que incluye un mandato dirigido a los poderes del Estado, que deben velar por la salud pública a

⁷⁹ El TC en el FJ 8º del Auto 115/2014 considera que: *“En consecuencia, los datos aportados sobre la falta de incidencia negativa relevante en la salud de la población en los dos últimos años y las diferentes maneras en las que se puede otorgar asistencia sanitaria a los destinatarios de la Ley Foral 8/2013 si se mantiene la suspensión de la ley, no sirven para desvirtuar la ponderación que realizamos en el ATC 239/2012, FJ 5, de acuerdo con la cual entendemos ahora justificado el levantamiento de la suspensión de la vigencia del artículo único de la Ley Foral 8/2013 referido a la ampliación del ámbito subjetivo del derecho a acceder a la asistencia sanitaria pública y gratuita.”*

través de medidas preventivas, prestaciones y de servicios. Así lo ha entendido el TC, por ejemplo en la STC 126/2008, de 27 de octubre, FJ 6º en la que se señala que al tratarse de un interés constitucionalmente protegido es necesario que se asegure, se mantenga y se facilite el acceso a la atención sanitaria reconocida en el art. 43 de nuestra Constitución, correspondiendo a los poderes públicos su tutela a través de medidas preventivas, prestaciones y servicios necesarios⁸⁰.

El derecho a la protección de la salud es un derecho que no solamente se reconoce en nuestra Constitución, sino que también lo está en la normativa internacional, como por ejemplo el art. 35 de la Carta Social Europea de 1961 (punto nº 13, y art. 11), en la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948 (arts. 2 y 25.1), y en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de 1966 (arts. 9 y 12)⁸¹.

Con relación a la titularidad del derecho a la asistencia sanitaria, el art. 1.2 de la LGS establece el principio de universalidad en los siguientes términos *“Son titulares del derecho a la protección de la salud y a la atención sanitaria todos los españoles y los ciudadanos extranjeros que tengan establecida su residencia en el territorio nacional.”* Sin embargo, tras la profunda reforma introducida por el Decreto Ley 16/2012 que modifica el art. 3 de la LCCSNS, se elimina el concepto de “titular” y es sustituido por los de “asegurado” y “beneficiario”. El objetivo del legislador es la reducción del gasto sanitario para garantizar la sostenibilidad del SNS⁸². A mi entender el legislador usa el

⁸⁰ FJ 6º de la STC 126/2008, de 27 de octubre que nos dice que *“A ese respecto, en el presente caso, hay que partir de la existencia de un interés constitucionalmente protegido como es que se asegure, mantenga y facilite el acceso a un mayor y adecuado nivel de atención sanitaria (art. 43 CE), que puede resultar preeminente, de acuerdo con el margen de apreciación que corresponde al legislador. De este modo, una medida como la prevista en la disposición adicional examinada puede estimarse adecuada a la finalidad y proporcionada respecto de los bienes constitucionalmente protegidos, encontrando su fundamento en la mejora de las condiciones organizativas y de la propia eficacia del Sistema Nacional de Salud así como en la protección de otros bienes constitucionales, como son el derecho a la protección de la salud, cuya tutela corresponde a los poderes públicos «a través de medidas preventivas y de las prestaciones y servicios necesarios» (art. 43.1 y 2 CE)”*.

⁸¹ Vid. LEMA TOMÉ, M., “La reforma sanitaria en España: Especial referencia a la población inmigrante en situación administrativa irregular”, en *Eunomía. Revista en Cultura de la Legalidad*, núm. 5, 2013, p. 95-115. Los extranjeros en situación irregular a partir del RDL 16/2012, se encuentran en una situación delicada ya que no pueden acceder a la sanidad pública, excepto si se encuentran en situación de urgencia. Algunas CCAA han decidido no atender a la norma estatal porque contraviene el mandato del art. 43 de la CE, además de que entienden que se vulneran derechos fundamentales e incluso los derechos humanos, porque el derecho a la asistencia sanitaria es un derecho inherente a la dignidad de la persona.

La privación de dicho derecho como se ha venido diciendo no solo afecta a los extranjeros en particular sino que también a la población en general, porque al restringirles el acceso lo que se provoca son problemas sanitarios de carácter público al no detectar ni prevenir focos de infección.

⁸² Dentro da exposición de exposición de motivos del Real Decreto Ley 16/2012 se establece que: *“Asimismo, y a la vista de los informes emitidos por el Tribunal de Cuentas, resulta imprescindible regular, sin más demora, la condición de asegurado con el fin de evitar algunas situaciones de prestación de*

argumento económico para condicionar el acceso a la asistencia sanitaria pública, volviendo a vincularla al sistema de SS. Estas medidas, como se ha dicho en apartados anteriores, no sólo afecta a los nacionales y extranjeros en saturación regular en España, sino que también afecta a aquellos extranjeros no registrados ni autorizados como residentes en nuestro país.

La normativa actual sólo permite acceder a la asistencia sanitaria pública y gratuita a aquellas personas que ostenten la condición de asegurado o de beneficiario. De lo contrario, solamente podrán acceder a la asistencia sanitaria bien mediante el pago de la correspondiente contraprestación (art. 3.5 LCCSNS) o en los casos de urgencia por enfermedad grave o accidente, a todos los extranjeros que se encontrasen en España, cualquiera que sea su causa, así como la asistencia en el embarazo, parto y pos parto hasta la situación de alta médica en el caso de los extranjeros en situación irregular (art. 3 ter LCCSNS). Dichas limitaciones al acceso al SNS hacen evidente la grave afección al principio de gratuidad y universalidad del SNS

Partiendo de esta situación entendemos, de la misma forma que lo hace BELTRÁN AGUIRRE⁸³, que hay una sustitución del “Estado del bienestar” por la “Sociedad del bienestar”, lo cual quiere decir que se vuelve a una estratificación social, debido a que solamente un sector determinado de la sociedad española podrá acceder al sistema sanitario público, teniendo como consecuencia una amplia e incidente participación del capital financiero y del mercado, debido a que proliferaría la asistencia sanitaria a través de seguros privados. Por tanto, el sistema sanitario público quedaría reducido a la mínima expresión cubriendo solamente aquellas prestaciones más básicas y dejando en manos del sector privado el resto de prestaciones de la cartera de servicios del SNS, reintroduciendo de esta manera la idea de beneficencia ya que se exige a aquellas personas que no cotizan que acrediten que no superan un determinado umbral mínimo de ingresos para poder ser considerados beneficiarios.

En consecuencia, esta medida regresiva promulgada por el Gobierno ha hecho que el concepto de titularidad que encabeza la concepción del derecho a la asistencia sanitaria pública y gratuita, quede relegada a una condición meramente administrativa al cambiar dicho concepto por el de “asegurado”, “beneficiario o “asimilado al

asistencia sanitaria que se están produciendo en la actualidad y que están debilitando de forma alarmante la sostenibilidad del Sistema Nacional de Salud.”

⁸³ BELTRÁN AGUIRRE, J., “Real Decreto Ley 16/2012...”, op. cit., p. 197.

asegurado”, provocando un gran retroceso en la lucha por los derechos sociales, ya que dicho criterio subjetivo será el que determine el acceso a la asistencia sanitaria con cargo a fondos públicos a través del SNS⁸⁴. Esto significa un vuelta al sistema preconstitucional donde la asistencia sanitaria estaba vinculada al sistema de SS, cuestión que había sido resuelta con éxito por el *Pacto de Toledo* en 1995.

El Decreto Ley 16/2012 tiene efectos perniciosos sobre la universalidad del SNS, debido a que con la limitación de este derecho subjetivo, no sólo se vulnera derechos fundamentales como el derecho a la vida y a la integridad física y moral del art. 15 CE, sino que también afecta al derecho fundamental a la igualdad y no discriminación del art. 14 de la Constitución. El TC ya se pronunció al respecto en su STC 10/2005, de 20 de enero diciendo que la desigualdad solamente podrá permitirse en una norma jurídica siempre y cuando se haga un juicio de proporcionalidad entre la finalidad y las consecuencias jurídicas resultantes de la aplicación de la norma. En este caso no es así ya que la finalidad de la norma es un mero ahorro económico, mientras que sus efectos son del todo desproporcionados debido a que afecta a derechos fundamentales.

Después de haber expuesto con carácter general dicha problemática, debemos tener en cuenta que las consecuencias principales que surgen con el Decreto Ley 16/2012 son las siguientes: a) la exclusión de aquellos ciudadanos españoles mayores 26 años por dejar de ser beneficiarios de un asegurado; b) se excluye a aquellos nacionales que no estén asegurados pero que tengan cobertura obligatoria por otra vía, sin tener en cuenta sus ingresos; c) los extranjeros en situación irregular con edad igual o superior a 18 años no tendrán acceso a prestaciones sanitarias, aunque estén empadronados, salvo que se trate en situaciones de urgencia.

A esto hay que añadir que la reforma no ha tenido una buena acogida en las CCAA. Prueba de ello es la reacción del País Vasco y de Navarra y los recursos de inconstitucionalidad presentados por varias CCAA. También se han manifestado diversas organizaciones como Amnistía Internacional, Médicos del Mundo, Red Acoge y la Sociedad Española de Medicina de Familia y Comunitaria ante la desproporcionalidad de la medida, que principalmente incide en los extranjeros en situación irregular a los cuales se les retiró la tarjeta sanitaria. La situación de este colectivo es especialmente

⁸⁴ BELTRÁN AGUIRRE, J., “Varapalo del Tribunal Constitucional a los recortes en el acceso a la asistencia sanitaria pública”, en *Revista Aranzadi doctrinal*, núm. 5, 2014, p. 124.

complicada, debido a que no disponen de medios económicos. Por otra parte es obvio que aquellas personas pertenecientes a este grupo y que padezcan enfermedades crónicas, infecciosas o mentales están desprotegidas, lo cual tiene como consecuencia la puesta el riesgo para sus vidas e integridad física.

Es necesario hacer una mención aparte de las mujeres inmigrantes en situación irregular, que tienen una vulnerabilidad especial y mayores dificultades para acceder a la asistencia sanitaria, incluso en aquellos supuestos en los que tienen derecho a ella. Por otra parte también tenemos que decir que algunas organizaciones internacionales como son Amnistía Internacional, Red Acoge y la Sociedad Española de Medicina de Familia y Comunitaria afirman que las mujeres extrajeras en situación irregular que son víctimas de la violencia de género son un colectivo en una situación de especial vulnerabilidad ya que se suelen dirigir a los centros sanitarios tras la agresión, siendo este lugar fundamental para la detección, prevención e identificación de las víctimas⁸⁵.

En relación al caso vasco y navarro debemos decir que la inaplicación de la norma estatal mediante la promulgación de su normativa autonómica en materia de cobertura de la asistencia sanitaria para aquellos grupos excluidos por el Decreto Ley 16/2012, desde mi punto de vista no se trataría de una intromisión en las competencias en materia sanitaria atribuidas al Estado por el art. 149.1.16^a, ya que el mandato constitucional recogido en el art. 43.2 CE establece el deber de *los poderes públicos a organizar y tutelar la salud pública a partir de medidas preventivas y de prestaciones de servicios necesarios*. Por tanto, los argumentos alegados por el Gobierno en relación a la suspensión de dichas normas autonómicas no están suficientemente fundados, ya que lo único que están haciendo estas Comunidades Autónomas es desarrollar lo establecido por la Constitución y la LGS.

Por otra parte debemos decir, tal y como se ha expuestos en los alegatos realizados por los Letrados de ambas Comunidades Autónomas, no se debe tratar como una cuestión aislada porque en el momento en que se impida el acceso a la sanidad pública y gratuita a estos grupos, no solo afectará a su salud individual, sino que también perjudicaría a la salud colectiva debido a que al no haber un control sanitario previo sobre estas personas se incrementa el riesgo de haya problemas de salud pública. Por tanto, lo que se quiere conseguir con estas normas autonómicas es atender a las características esenciales del

⁸⁵ LEMA TOMÉ, M., “La reforma sanitaria en España...”, op., cit., p. 109 – 110.

SNS que son la universalidad y gratuidad del sistema, ya que el derecho a la asistencia sanitaria es un derecho estrechamente ligado a la dignidad de la persona y a su libre desarrollo, por lo que el legislador a la hora de desarrollar este derecho tener en cuenta el interés general y no solo el económico.

En conclusión, la eficacia de los derechos sociales no solamente depende de su reconocimiento, sino que también depende de otras variables, como la política o la economía que en ocasiones escapan al control jurídico sin que se pueda evitar su regresión. Este es el caso de derecho a la asistencia sanitaria. Además detrás de este tipo de derechos subyacen relaciones conflictivas de poder en las que la universalización del derecho siempre va unida a la limitación de un privilegio⁸⁶.

Por otro lado, el legislador aprovecha la débil protección de los derechos sociales para limitarlos, ya que al no tener el carácter de fundamentales, el margen de maniobra que tiene el legislador es mayor en el momento de su configuración en sede parlamentaria. Por tanto, podemos decir que los derechos sociales actualmente se encuentran debilitados principalmente, tal y como dice PISARELLO, por “(...) *su visible subordinación a una concepción crecientemente absolutista de los derechos patrimoniales, comenzando por el derecho de propiedad privada y la libertad de empresa o de beneficio.*”⁸⁷

No se puede sostener una concepción simplista de los derechos sociales, ya que éstos no deben reducirse a una cuestión de ahorro económico, sino que se trata de gran logro social cuya conservación y protección es merecida, por lo que debe haber una ponderación y equilibrio entre el ámbito social y el ámbito presupuestario. Esta reflexión debe trasladarse al derecho a la protección a la salud, porque no solo es un derecho de carácter social que implica el deber del Estado de proteger o prestar asistencia sanitaria a todos sus ciudadanos por igual, sino que al tener una fuerte conexión con los derechos fundamentales, éste deberá garantizar que sus medidas no afecten a dichos derechos, de lo contrario el legislador estaría limitando la capacidad de desarrollo de sus ciudadanos, además de condicionar su bienestar a una determinada situación administrativa como sucede en la legislación actual que vincula la titularidad al acceso a la asistencia sanitaria con la condición de “asegurado” por la SS.

⁸⁶ PISARELLO, G., "Los derechos sociales en tiempo de crisis. Resistencia y reconstrucción", Barcelona, Observatori DESC, 2011. En línea: http://www.observatoridesc.org/sites/default/files/gerardo_desc_y_crisis.pdf. consultado el 12/07/2015, p. 2 – 3.

⁸⁷ *Ibíd*em, p. 3

7. BIBLIOGRAFÍA

BELTRÁN AGUIRRE, J., en “Real Decreto-Ley 16/2012, de 20 de abril, de medidas urgentes para garantizar la sostenibilidad del Sistema Nacional de Salud. Análisis crítico en relación con los derechos ciudadanos y las competencias autonómicas”, en *Aranzadi Doctrinal*, núm. 3, 2012

BELTRÁN AGUIRRE, J., “Varapalo del Tribunal Constitucional a los recortes en el acceso a la asistencia sanitaria pública”, en *Revista Aranzadi doctrinal*, núm. 5, 2014.

CANOSA USERA, R., *El derecho a la integridad personal*, Lex Nova, Madrid, 2006.

CASCAJO CASTRO, J.L., *La tutela constitucional de los Derechos Sociales*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid 1988.

COSSÍO DÍAZ, J.R., *Estado social y Derechos de prestación*, Centro de estudios Constitucionales, Madrid 1989.

DE ESTEBAN, J. y GONZALEZ-TREVIJANO, P.J., “Derechos y principios de naturaleza económica y social – Los principios de la política social y económica” en *Curso de Derecho Constitucional II*, Servicio de Publicaciones facultad derecho UNIVERSIDAD COMPLUTENSE DE MADRID, Madrid 1993.

MUÑOZ MACHADO, S. en *Derecho Público de las Comunidades Autónomas*, Civitas, Madrid, 1982, tomo I.

GARCÍA - PELAYO, M., *Las transformaciones del Estado contemporáneo*, Alianza editorial, Madrid, 2ª edición, (4º imp. 1991).

HERÁNDEZ, BERJANO. M, “La protección de la salud como tarea fundamental del Estado”, *La orden sanitaria en España*, Aranzadi, Navarra.

LEMA TOMÉ, M., “La reforma sanitaria en España: Especial referencia a la población inmigrante en situación administrativa irregular”, en *Eunomía*. Revista en Cultura de la Legalidad, núm. 5, 2013.

LEÓN ALONSO, M., *La protección constitucional de la salud*, La Ley, Madrid, 2010.

LOMAS HERNÁNDEZ, V., “De ciudadano a asegurado o el tránsito inacabado hacia la universalización de la asistencia sanitaria”, en *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, núm. 8, 2013. En línea <http://www.revista.uclm.es/index.php/cesco>.

MOLAS, I., *Derecho Constitucional*, Tecnos, Madrid 1998.

MUÑOZ MACHADO, S., *La formación y la Crisis de los servicios sanitarios públicos*, Alianza Editorial, Madrid, 1995.

PEMÁN GAVÍN, J., “La configuración de las prestaciones sanitarias públicas: cuestiones abiertas y retos pendientes”, *Derecho y Salud*, vol.9, núm. 2, 2001

PEMÁN GAVÍN, J., *Derecho a la salud y Administración Pública*, Real Colegio de España, Bolonia, 1989.

PISARELLO, G. “La justiciabilidad de los derechos sociales en el sistema constitucional español”, en Gerardo Pisarello (ed); GARCÍA MORALES, A., OLIVAS DÍAZ, A: *Los derechos sociales como derechos justiciables: potencialidades y límites*, Albacete: Bomarzo 2009. En línea: [www.ongporpalestina.org/IMG/pdf/09_PISARELLO Gerardo 01.pdf](http://www.ongporpalestina.org/IMG/pdf/09_PISARELLO_Gerardo_01.pdf).

PISARELLO, G., "Los derechos sociales en tiempo de crisis. Resistencia y reconstrucción", Barcelona, Observatori DESC, 2011. En línea: http://www.observatoridesc.org/sites/default/files/gerardo_desc_y_crisis.pdf

LEMA AÑÓN, C., “La titularidad del derecho a la salud en España. ¿Hacia un cambio de modelo? En *Revista de Bioética y Derecho*, núm. 31, mayo 2014.

JURISPRUDENCIA

Auto del TC 239/2012, de 12 de diciembre.

Auto del TC 115/2014, de 8 de abril.

STC 32/1981, de 28 de julio.

STC 18/1982, de 4 de mayo.

STC 29/1982, de 26 de mayo.

STC 64/1982, de 4 de noviembre.

STC 32/1983, de 28 de abril.

STC 5/2002, de 14 de enero.

STC 10/2005, de 20 de enero.

STC 236/2007, de 7 de noviembre.

STC 126/2008, de 27 de octubre.